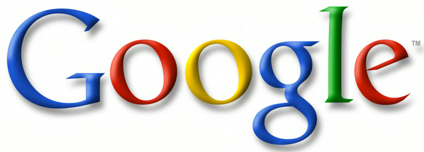
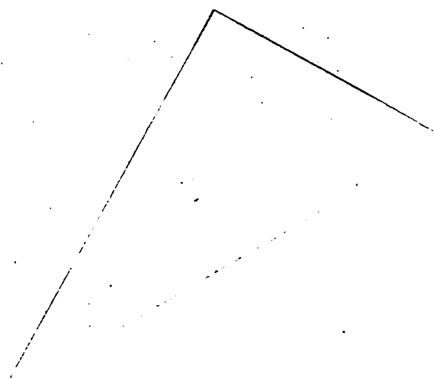


Belgium



CU

c

Juridique

iage

CE



CQUART

de Bruxelles



PARIS

brairie Générale de Droit et de Jurisprudence

20, Rue Soufflot (5e arr.)

2

[redacted]

Aperçu de l'Evolution Juridique du Mariage

APERÇU

DE

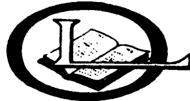
L'Evolution Juridique du Mariage

I. FRANCE

PAR

ÉMILE STOCQUART

Avocat à la Cour d'appel de Bruxelles



BRUXELLES
Oscar LAMBERTY, Éditeur
Rue Veydt, 70 (Quartier Louise)

PARIS
Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
20, Rue Soufflot (5e arr.)

1905

INTRODUCTION

INTRODUCTION.

I. L'histoire nous apprend comment le droit s'est formé. Elle nous fait assister à la succession des institutions juridiques, elle nous permet d'évoquer celles qui ont disparu, elle nous démontre l'utilité, voire même la nécessité de certains principes essentiels dont quelques-uns ont subi l'épreuve des siècles, enfin elle nous enseigne à puiser dans le passé des leçons législatives pour l'avenir. Ainsi appliquée au droit, elle se transforme en ce que l'on appelait autrefois la philosophie de l'histoire.

Quand on veut scruter une idée qui règne dans le monde, écrit un grand jurisconsulte — en même temps un de nos magistrats les plus éminents — il faut en faire la généalogie, rechercher d'où elle vient, comment elle a grandi, s'est successivement complétée, et enfin est parvenue à la formule dont elle se revêt aujourd'hui (1). C'est ce que l'on appelle de nos jours la doctrine de l'évolution.

Une conception quelconque, écrivait AUGUSTE COMTE,

---

(1) P. DE PAEPE, *Etudes sur la compétence civile*, t. I[er], *préface*, p. VII.

ne saurait être bien connue que par son histoire (3). Mais l'histoire du droit ne doit pas être un recueil de tout ce qui a été dit et fait; elle doit expliquer le présent et éclairer l'avenir, en montrant la voie dans laquelle il faut marcher pour continuer l'œuvre sans fin du progrès scientifique (4).

La plupart des législations modernes admettent qu'à l'Etat appartient l'organisation et la réglementation du mariage; lui seul a qualité pour imposer à tous, sans distinction de confession, une règle uniforme, parfois brutale, mais salutaire; seul, il dispose des moyens nécessaires pour diriger un organisme social sur lequel l'Eglise a, la première, attiré l'attention.

Le droit est la règle de la vie (5). Or, la loi procède du droit, elle reconnaît le droit, elle le définit. Et c'est l'un des pouvoirs de l'Etat, le pouvoir législatif qui fixe ces règles générales du droit, c'est-à-dire la loi, au sens strict du mot. Suivant la juste expression de Saint Thomas d'Aquin, la loi, c'est une mesure, *more mensurae.*

Certains pays continuent à envisager le mariage comme un contrat strictement religieux et refusent d'accorder une valeur quelconque au mariage célébré en dehors de l'intervention d'un ministre du culte. Cette divergence d'opinion sur une question aussi fondamentale engendre de nombreux conflits de lois et parfois des difficultés insurmontables. Mais les conflits de cette nature finiront par disparaître, la forme civile du ma-

(3) AUG. COMTE, *Cours de philosophie positive.* Sur la philosophie de l'histoire et la méthode historique, voyez G. DE GREEF, *Le transformisme social*, p. 130-140, 1re édit.

(4) LAURENT, *Droit civil international*, t. I, p. 97.

(5) Le mot *êwa*, *êa* (aujourd'hui en allemand *Ehe*, mariage), ne signifiait chez les anciens Germains que lien, règle, et ce n'est que plus tard qu'il prit la signification de mariage. GRIMM, *Deutsche Rechtsalterthümer* (Antiquités allemandes), p. 417.

riage tendant à devenir universelle (6). L'institution saine et robuste se reconnaît à ce signe, qu'une fois dans le monde, elle ne cesse de grandir.

Une évolution lente, mais progressive et constante, nous amène ainsi en matière de mariage, vers ce que LEIBNIZ avait déjà entrevu comme un idéal en politique et ce que deux esprits éminents, MANCINI en Italie, BLUNTSCHLI en Allemagne, ont résumé en une expression claire, précise : l'unité dans la diversité.

II. Dans le milieu où nous placent les contes antiques, le mariage est plutôt un état de fait qu'un droit. Peu énergique dans ses effets, fragile dans son existence, brutal dans sa formation, ce n'est encore qu'une ébauche. Les rapports sexuels en dehors du mariage sont fréquents, non dissimulés et paraissent également normaux. Quelque étrange que cela puisse paraître, écrit M. ESMEIN, quelque révoltante que la formule sonne à nos oreilles, il semble bien que l'acte sexuel, par lui-même, partout et toujours, était considéré comme un acte religieux.

C'est d'abord la prostitution sacrée, chez certains peuples qui comptent parmi les plus religieux du monde antique, les anciens Hébreux, les Babyloniens, les Egyptiens, et qui ne saurait s'expliquer autrement.

C'est ensuite les rituels phalliques et les autres innombrables cérémonies religieuses, domestiques ou publiques, où les anciens mettaient les enfants et les jeunes filles en contact avec les emblèmes les plus lubriques et les figurations les plus indécentes (7).

---

(6) Voyez E. STOCQUART, *Le mariage en droit international privé* (*Revue de droit internat.*, 1887, p. 581); *Studies in private international Law*, p. 17.

(7) *Nouvelle Revue historique de droit*, XXVI (1902), p. 21 et suivantes.

Cependant le mariage existe dans le milieu que reflètent les contes antiques. Il est distinct du concubinat en ce que le principe de monogamie paraît déjà suivi : on n'a qu'une seule épouse à la fois. Mais, en fait, l'épouse et la concubine sont aisément rapprochées et presque confondues.

Dans HYGIN (*Poeticon ostronomicon*), les mots *connubium* et *conjugium* signifient à la fois le mariage et les simples relations sexuelles.

A cette époque primitive, le mariage consiste dans l'acquisition, par un homme, d'une femme dont il veut faire son épouse ; et cette acquisition se fait de deux façons : par le rapt ou par un contrat. Le futur mari s'adresse à ceux qui exercent leur autorité sur la future épouse, il leur demande de la lui céder et, naturellement, c'est d'ordinaire le père et le prétendant qui sont en présence et qui débattent les conditions du marché (ESMEIN, *Nouvelle Revue historique*, 1902, pp. 114 et suiv.).

Au témoignage de FUSTEL DE COULANGES, une religion primitive a constitué la famille grecque et romaine, a établi le mariage et l'autorité paternelle. Cette même religion, après avoir élargi et étendu la famille, a formé une association plus grande, la cité, et a régné en elle comme dans la famille. De là procèdent toutes les institutions, tout le droit privé des anciens. Mais avec le temps, ces vieilles croyances se sont modifiées et effacées ; le droit privé et les institutions politiques se sont modifiées avec elles. Alors s'est déroulée une série de révolutions et les transformations sociales ont suivi les transformations de l'intelligence.

Chez les anciens Romains, le mariage constituait un rapport sacré ; il fondait une communion religieuse entre les deux époux et, pour ce motif, recevait une

consécration religieuse. (IHERING, *Geist des romischen Rechts*, II, § 37, trad. DE MEULENAERE, p. 205; P. GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 21, 2e édit.)

La cérémonie était accomplie par les grands prêtres de l'Etat, en présence de dix témoins représentant les dix curies de la tribu de l'époux; c'est la *confarreatio* (8).

Se marier revenait à séparer la femme de la maison paternelle et à faire d'elle la compagne des mystères de sa propre famille (Voyez LUCAIN, II, vers 253 et suiv.). Comme cette matière était réglée par l'Etat, un citoyen patricien devait, pour contracter un mariage légitime (*justæ nuptiæ*), épouser une patricienne ou une femme appartenant à une communauté alliée.

Le patricien romain ne pouvait choisir son épouse qu'avec l'approbation divine, constatée par les *auspicia*. Son choix était limité à une femme avec laquelle il eût le *connubium* (επιγαμια) ou droit d'intermariage, matière réglée par l'Etat. Dans la période royale, les citoyens romains ne pouvaient avoir ce droit, en dehors du territoire, qu'avec les membres des Etats, avec qui ils avaient contracté alliance et avec lesquels ils étaient unis par le lien de pratiques religieuses communes.

Ce fut le manque de *connubium* entre le premier établissement de Romulus et les villes et villages voisins qui, s'il en faut en croire la tradition, causa l'enlèvement des Sabines. Un patricien romain, en vue d'un mariage légitime (*justæ nuptiæ*), devait épouser ou une patricienne ou une femme appartenant à une communauté alliée.

Mais la loi *Canuleia* (309, U. C), eut pour effet d'abro-

---

(8) Voyez GIBBON, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, p. 819 (London, 1847).

monie, ni civile, ni religieuse, ne s'imposait; il suffit d'un simple consentement. La communauté apparente d'habitation et la possession d'état étaient une preuve suffisante de l'existence du lien conjugal. Lorsque les époux ne pouvaient plus supporter le poids de leurs chaînes, la faculté du divorce était ouverte.

Vers la fin de la république, on faisait mieux, c'est à peine si on se mariait. La cité, dépeuplée par la guerre et les proscriptions, était menacée de se dépeupler davantage par le mépris de l'institution qui donne des citoyens à l'Etat. Auguste s'applique à combattre le mal et à encourager le mariage pour lequel les gens du

---

« de moins en moins le respect des pères, *patres conscripti*, « incline à sa perte. » (P.-J. PROUDHON, *De la justice dans la Révolution et dans l'Eglise*, pp. 34, 47, nouv. édit. belge.)

M. LEFEBVRE, dans une conférence faite à la Sorbonne, développe cette opinion qu'en droit romain, le mariage n'était pas un contrat : «Il est avéré que, même aux temps des grands jurisconsultes, on n'y a jamais envisagé et classé le mariage comme « *contractus*. En effet, le contrat, pour ces Romains qui savaient « construire des notions strictes, mais précises, ce n'était pas la « donnée vague d'un accord juridique quelconque, où plusieurs « semblent incliner de nos jours. C'étaient les volontés se concertant pour faire naître des obligations pécuniaires... Qu'il « s'agit d'une vente ou d'un louage, de prêt ou de dépôt (car « voilà bien quelques exemples de leurs contrats), c'était l'accord « juridique d'où l'on ne sortait que créancier et débiteur. « Aussi n'ont-ils pas eu la pensée d'appliquer cette notion contractuelle ni à leurs « justes noces », ni aux devoirs de vie « commune et de fidélité qui en résultaient. Les justes noces « n'étaient rien d'autre que le fait même de l'union et de la « communauté d'existence, commencé et poursuivi à titre conjugal, et salué au dehors comme union légitime. Conduire en « sa demeure celle dont on voulait avoir des enfants « voués à « la puissance paternelle », voilà quel était en droit tout leur « mariage, et qui s'établissait sans nul appareil de stipulations « ou d'autres formes légales. Une entente familiale avait précédé « sans doute ces justes noces, que des fêtes religieuses ou profanes accompagnaient ensuite; mais elles ne formaient pas « même un acte juridique. » (*Nouv. Revue hist.*, 1902, pp. 305-306.)

monde montraient ce remarquable éloignement. Il fit rendre les fameuses lois *Julia* et *Papia-Poppaea*, lesquelles restèrent en vigueur jusqu'à Constantin (10).

L'empereur, trouvant les Romains rebelles à l'antique *conjugium*, donna un titre légal au concubinat, et comme le dit PROUDHON, éleva à la hauteur d'une institution publique ces unions libres que la gravité des vieux patriciens avait toujours refoulées et que multipliait la décadence des mœurs républicaines; il régularisa l'état civil du concubinat (PROUDHON, *op. cit.*, 38).

Les enfants qui naissaient du *concubinatus* n'avaient pas les droits de famille, ils n'étaient pas *justi liberi;* ils n'étaient pas néanmoins bâtards. On les appelait *liberi naturales*. Sous Justinien, le concubinat n'était pas encore aboli; il était permis d'avoir une concubine, mais pas l'homme marié, la femme avec laquelle il avait commerce était *pellex*.

La Constitution des empereurs Valens, Valentinien et Gratien (L. 18, C., *De nuptiis*, V, 4) et une autre des empereurs Honorius et Théodose le Jeune (L. 20, C., *De nuptiis*, V, 4) introduisirent d'importantes modifications aux règles de la *patria potestas :* les femmes *sui juris*, veuves ou filles, ne peuvent se marier librement qu'après vingt-cinq ans révolus; jusqu'à cet âge,

---

(10) Pour les détails, voyez TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains* (*Revue de législat. et de jurispr.*, t. XIV [1841], p. 361 et suiv.).

Sur l'esprit du mariage dans la civilisation romaine, JOSEPH UNGER, *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung* (Le mariage dans son développement universel et historique), Vienne, 1850.

Sur les mesures d'Auguste, CH. LEFEBVRE, *Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, p. 99 et suiv. (Paris, 1900).

elles doivent obtenir le consentement de leur père, s'il est encore vivant, sinon celui de leur mère, et, à défaut de mère, celui des plus proches parents.

Avec les chrétiens disparurent les dernières traces de la vieille conception de la *familia*, les anciennes *confarreatio* et *coemptio* avaient pris fin. Sous Justinien (Nov. CXII, chap. 4, 6), le mariage était un contrat purement civil qui se formait, comme tout autre contrat, par l'échange des consentements, sauf entre personnes de dignité.

III. — Durant les quatre premiers siècles de l'ère chrétienne, les apôtres et les pères de l'Eglise s'étaient appliqués à fonder le dogme chrétien, à convertir les gentils, enfin à conquérir l'Etat lui-même. Toutes ces grandes entreprises étaient à peu près achevées au commencement du V[e] siècle. C'est alors que le monde romain fut bouleversé et la civilisation retardée pendant plusieurs siècles par l'invasion des barbares. Faisant irruption dans la Gaule au moment où le droit romain était en voie d'accomplir sa dernière évolution, les coutumes germaniques imprimèrent au droit un recul violent de dix siècles. Si les barbares n'étaient pas venus, il est probable, écrit Renan, que le V[e] ou le VI[e] siècle nous eût présenté une grande civilisation, analogue à celle de Louis XIV, un christianisme grave et sévère, tempéré de philosophie (11).

L'Eglise étant parvenue de très bonne heure à s'emparer du mariage, commença par combattre l'idée de

---

(11) VAN WETTER, *Le droit romain et le droit germanique dans la monarchie franque* (BELG. JUD., 1900, col. 735). — Sur les origines germaniques du droit civil français, voyez *Revue de législat. et jurisprud.* (1843), t. XVII, p. 393.— RENAN, *L'Avenir de la science*, p. 388 (5[e] édit.). — P. JANET. *Hist. de la science politique*, I, 320 (3[e] édit.).

vente que les barbares y attachaient. Cette vente ne devenait définitive que par la consommation, et chaque époux pouvait faire valoir un veritable droit de résolution, s'il avait été induit en erreur. La conscience dans le mariage s'était formée par le contrat, et le contrat avait son origine dans le troc, quand la femme, au lieu d'être volée et violée, commence a être vendue et échangée contre des meubles et du bétail.

Rien n'était plus fréquent que les unions passagères. Dans le pays de Galles, en Cambrie, en Irlande, on pouvait congédier sa femme, après trois nuits passées avec elle, en lui donnant quelques présents.

L'ancienne loi des Brehons autorisait spécialement une union qui durait un an et qui se dissolvait d'ordinaire solennellement à une fête célébrée le 1er mai, en l'honneur du retour de l'été (12).

Lors des invasions, le clergé marche au-devant des barbares ou les gagne aussitôt après leur entrée, elle charme les brutes farouches auxquelles l'Europe appartenait.

Devant l'évêque en chape dorée, le Germain converti a peur comme devant un sorcier. Aux heures calmes, après la chasse ou l'ivresse, le sentiment obscur d'une justice inconnue se réveille en lui par des alarmes subites. Au moment de violer un sanctuaire, il se demande s'il ne va pas tomber sur le seuil, frappé de vertige et le col tordu. Surpris de son propre trouble, il s'arrête, épargne la terre, le village, la cité qui vit sous la sauvegarde du prêtre.

Ainsi sur tout le territoire, le clergé garde et agrandit ses asiles pour les vaincus et pour les opprimés.

---

(12) De Greef, *Introduction à la sociologie*, 2e partie, p. 447. H. Beaune, *Droit coutumier français. — La condition des personnes*, p. 423 et les autorités citées en note.

D'autre part, parmi les chefs de guerre aux longs cheveux, à côté des rois vêtus de fourrures, l'évêque mitré et l'abbé au front tondu siègent aux assemblées; ils sont les seuls qui tiennent la plume, qui sachent discourir. Ayant la main dans le gouvernement, ils travaillent par son entremise à mettre un peu d'ordre dans le désordre immense, à rétablir ou à maintenir la justice, la propriété et surtout le mariage (13).

Après avoir relevé la femme en repoussant l'achat, l'Eglise releva le mariage lui-même en le déclarant indissoluble, mais ce ne fut pas toujours avec le même succès. Le double spectacle qu'offrent les hommes et les choses de cette époque troublée, c'est, d'une part, l'esprit de discipline civile des Romains, d'autre part, les instincts violents de barbarie des envahisseurs.

Examinons, à ce point de vue, à la lumière de l'histoire, les faits et gestes de quelques rois mérovingiens.

Après la mort de ses trois frères, Chlother, le dernier des fils de Chlodowig ou Clovis, prit possession de la royauté dans toute l'étendue de la Gaule (14). Tant qu'il n'était pas appelé au loin par la guerre contre les Saxons, les Bretons ou les Goths de la Septimanie, il employait son temps à se promener d'un domaine à l'autre, de Braine à Attigny, d'Attigny à Compiègne, de Compiègne à Verberie. Il s'y livrait aux exercices de la chasse, de la pêche ou de la natation et recrutait ses nombreuses maîtresses parmi les filles des *fiscalins*

(13) H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, t. I, p. 4-6.

(14) Dans les vieux documents, l'orthographe des noms des rois a varié beaucoup. Plus l'acte est ancien, plus on trouve de lettres aspirées; elles expriment l'articulation du gosier; ainsi l'on écrit *Hludouvicus*, *Chlodovicus*, *Chlodoveus*, *Clovis* et enfin *Ludovicus*, *Louis*.

(ouvriers ou gens de service, attachés au fisc). Souvent du rang de concubines, ces femmes passaient à celui d'épouses et de reines, avec une singulière facilité. Au témoignage d'un historien distingué, il n'est pas facile de classer et de compter ses mariages (15). En l'année 561, après une expédition contre l'un de ses fils, dont il punit la révolte en le faisant brûler avec sa femme et ses enfants, Chlother revint à Braine, calme d'esprit et la conscience satisfaite. Là il fit ses préparatifs pour la grande chasse d'automne, qui était chez les Francs une espèce de solennité. Au milieu de cet exercice violent, qui ne convenait plus à son âge, il fut pris de la fièvre et mourut après cinquante ans de règne (*Scriptores rerum gallic. et franc.*, t. II, p. 205).

Son royaume fut partagé en quatre lots que ses quatre fils s'attribuèrent par voie de tirage au sort. Rouen et Nantes sont du royaume de Hilperik et Avanches du royaume de Haribert; ce dernier possède Marseille; Arles est à Gonthramm et Avignon à Sighebert.

Le roi Gonthramm était habituellement de mœurs douces et presque sacerdotales, puis tout à coup, sous la moindre contrariété, dans des accès de colère folle, il se livrait à des actes de cruauté injustifiable. C'est ainsi qu'il fit mettre à la torture plusieurs hommes libres, dans l'espoir de retrouver un cor de chasse qu'il avait perdu. Calmé, il revenait à son zèle religieux et à sa soumission aux évêques.

Au contraire, le roi Hilperik trouvait insupportable l'autorité ecclésiastique, il prenait plaisir à casser les testaments faits au profit d'une église ou d'un mona-

---

(15) AUGUSTIN THIERRY, *Récits des temps mérovingiens*, 1er récit. Sur les fiscalins, DE GOURCY, *Quel fut l'état des personnes en France sous la 1re et la 2e race*, p. 110 (Paris, 1769).

stère, faisant, en outre, du caractère et de la conduite des évêques, l'objet principal de ses plaisanteries et de ses propos de table.

Ils avaient tous deux à un très haut degré le vice de l'incontinence, ne se contentant presque jamais d'une seule femme, quittant sans le moindre scrupule celle qu'ils venaient d'épouser, et la reprenant ensuite, selon le caprice du moment. Le pieux Gonthramm changea plusieurs fois d'épouse et eut des concubines dont l'une, appelée Vénérande, était la fille d'un Gaulois attaché au fisc.

Le roi Haribert, quoique époux d'Ingoberghe, prit en même temps pour maîtresses deux sœurs d'une grande beauté, qui étaient au nombre des servantes de sa femme. L'une s'appelait Markowefe et portait l'habit de religieuse, l'autre avait nom Meroflede (16).

Il ne tarda pas à répudier Ingoberghe pour épouser Meroflede. Bientôt, trouvant qu'une seule femme légitime ne lui suffisait pas, il donna solennellement le titre d'épouse et de reine à une fille nommée Théodehilde dont le père était gardeur de troupeaux. Quelques années après, Meroflede mourut et le roi se hâta d'épouser sa sœur Markowefe. Au regard du droit ecclésiastique, il venait de commettre un double sacrilège, comme bigame, et comme mari d'une femme qui avait reçu le voile de religieuse. Sommé de rompre son second mariage par Saint-Germain, évêque de Paris, il refusa obstinément et fut excommunié. Haribert ne s'émut point de pareille sentence, et garda près de lui ses deux femmes.

---

(16) *Habebat tunc temporis Ingoberga in servitium suum duas puellas pauperis cujusdam filias, quarum prima vocabatur Marcofeva, religiosam vestem habens ; alea vero Merofledis, in quarum amore Rex valde detinebatur* (GREG. TURON, *Hist. Franc.*, lib. IV, apud *Script. rerum gallic. et franc.*, t. II, p. 211).

Telles étaient les difficultés graves avec les chefs (17). Contre les Francs, en général, le clergé eut à soutenir une longue lutte pour leur imposer la règle canonique prohibant un second mariage, pendant la vie du conjoint divorcé.

Néanmoins, les envahisseurs récemment convertis acceptaient sans difficulté le principe du mariage religieux (TISSOT, *Le mariage*, 122). Comme le fait remarquer M. Yves Guyot, ce sont les barbares qui ont adopté et répandu le christianisme en Europe. « Il était plus à la portée de leur intelligence que le poème de Lucrèce » (18).

Toutefois, les anciens usages étaient tellement consacrés par les mœurs que, même après le triomphe du mariage religieux, les futurs époux continuaient à le consommer, avant de le faire bénir par le prêtre.

S'inspirant du droit romain, le pouvoir ecclésiastique annulait invariablement les mariages que les enfants contractaient sans le consentement de leurs parents. Lorsque la fusion des conquérants et des vaincus dans les Gaules se fût opérée d'une manière plus complète, elle excommunia les enfants qui contractaient de pareils mariages qu'au surplus elle déclara nuls (19).

IV. — Reportons nous un instant en arrière et voyons ce qu'était la famille, chez les Germains, avant l'invasion. C'était, au témoignage de Tacite, une association juridique de la plus haute importance. Tous les individus

---

(17) Charlemagne eut trois femmes, en même temps vivantes, Hermengarde, Hildegarde et Fastrade.

(18) YVES GUYOT, *Des caractères de l'évolution et de la régression des sociétés*, p. 14. Voyez également LAURENT, *Etudes sur l'hist. de l'humanité*, t. V, p. 236.

(19) *Si parentes non interfuerint et consensum non adhibuerint, secundum leges, nullum sit matrimonium.* Can, 31, 9, 6.

unis par les liens du sang et par ceux du mariage, formaient une société dont les divers membres se devaient mutuellement aide et assistance, *suscipere tam inimicitias seu patris, seu propingui quam amicitias necesse est* (*Morib. Germ.*, ch. 21). Les forts étaient tenus de défendre les faibles et le chef de famille répondait vis-à-vis de la communauté politique des méfaits commis par l'un de ses membres. De ces traits fondamentaux dérivent tous les droits qui constituent la société civile.

» Avec le monde germanique », écrit UNGER, « recom- » mence une nouvelle éducation du genre humain ». (*Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*, p. 101.)

Au regard du mariage, il fallait distinguer entre les enfants du sexe masculin et ceux du sexe féminin. Les premiers pouvaient se marier, sans le consentement de leurs parents, à partir de leur entrée dans la vie civile, c'est-à-dire par l'investiture du bouclier et de la framée dans l'assemblée de la tribu, d'ordinaire vers 15 ans.

Cependant Jules César nous apprend que la minorité se prolongeait chez les anciens Germains jusqu'à la vingtième année pour le mariage. Peut-être cela indique-t-il que le consentement du père de famille était nécessaire jusqu'à cet âge.

Quant à la fille, soumise au *mundium* perpétuel, elle ne pouvait jamais se marier, sans l'assentiment de son père, ou, à défaut du père, de ses parents paternels.

Le Germain avait sur sa femme un pouvoir tutélaire. C'était, pour ces temps de violence, une institution admirable, puisqu'elle donnait un patron, un protecteur au faible et qu'elle donnait à la société un garant, pour chaque famille, dans la personne de son chef. Ainsi la fille germaine est toujours sous la garde de quelque homme; fille, sous la garde de son père ou de son plus

proche parent; femme mariée, sous celle de son mari; veuve, sous celle des proches parents de son mari, si sa propre famille n'avait pas racheté le *mundium* (20). Mais la rudesse des mœurs en faisait souvent tout autre chose qu'un pouvoir tutélaire. Et, en effet, l'abus de la force devait être fréquent et facile dans des siècles où aucun pouvoir public n'était encore venu dominer et restreindre les pouvoirs domestiques. Aussi voit-on dans les chants populaires de quelques tribus restées étrangères à l'invasion, dans les Sagas, des maris disposer de leurs femmes au gré de leurs caprices, les vendre, les tuer.

M. Van Wetter combat l'opinion de M. Glasson (*Histoire du droit et des institutions de la France*, III, 45), que le *mund* était une puissance de protection. Ajoutons immédiatement que le Germain chargeait probablement la femme des besognes dures et continues, se réservant la chasse et la guerre.

La vérité historique est toute différente de semblable protection, écrit M. VAN WETTER. Nous nous trouvons devant un pouvoir absolu, devant un droit raide et inflexible que le devoir moral n'était encore venu tempérer en rien. Le père était investi d'une juridiction domestique, l'autorisant à infliger la peine de

---

(20) *Les origines germaniques du droit français*, par KOENIGSWARTER (*Revue de législat. et de jurisprud.*, t. XVII, p. 399 et les autorités citées en note).

Le mot *mundium* vient de l'expression germanique *mund* ou *munt* et ne signifie pas autre chose que main. Les enfants et la femme mariée étaient donc respectivement dans la main du père, dans la main du mari et, chose curieuse, dit M. VAN WETTER, les Romains avaient adopté un terme identique pour désigner leur puissance maritale. Plus tard *mundeburdium*, *mainburnia*, de là *mainbour*, *mainbourg*, *mambour*. (BELG. JUD., 1900, col. 720-721.)

mort. Cette juridiction se maintint assez longtemps. En l'année 643, l'édit du roi lombard, Rotharis, tout en menaçant d'une peine le mari qui tuerait sa femme, excepte le cas où celle-ci aurait mérité la mort en vertu de la loi et autorise un père à tuer sa fille qui cohabiterait avec un esclave. Un capitulaire de Louis le Débonnaire, de l'an 829, admet comme constant le droit du mari de tuer sa femme pour une juste cause. Enfin, la loi visigothe justifie absolument le mari qui tue sa femme surprise en flagrant délit d'adultère (21).

Une autre prérogative du chef de famille germain consistait à pouvoir vendre comme esclaves sa femme et ses enfants (22). TACITE nous apprend que les Frisons, pressés par la misère, payaient le tribut à l'Etat romain en vendant leurs femmes et leurs enfants (*Ann.*, IV, 72). Plus tard, en 864, Charles le Chauve, non seu-

---

(21) VAN WETTER (BELG. JUD., 1900, col. 720); HEUSLER, *Institutionen des deutschen Privatsrechts*, t. II, § 156, p. 431.

(22) Cette opinion est fortement combattue par P. GIDE (*Etude sur la condition privée de la femme*, pp. 205, 225, 339, 2e édit.) : « A prendre à la lettre les anciens textes du droit barbare, la « femme germaine aurait été, non point dotée, mais vendue au « mari, comme dans l'antique Orient ; les mots *acheter*, *épouser*, « *femme légitime*, *femme achetée*, y sont sans cesse employés « comme synonymes. Mais il ne faut voir là qu'une sorte de « *coemptio* romaine, c'est-à-dire un pur symbole, auquel ne « répond aucune réalité. Ce qui le prouve, c'est que le prix de « cette prétendue vente était payé par le futur époux, non pas à « la famille de la fiancée, mais à la fiancée elle-même, et deve- « nait ainsi son douaire. TACITE le déclare expressément, *Dotem* « *non uxor marito sed uxori maritus offert.* »

Le savant auteur ajoute en note : « Voy. cependant SAXO GRAM- « MATICUS, *Historica danica* (Copenh. 1839-58, t. I, p. 235). » Voyez également GIDE, pp. 219 et suiv.

Les Germains primitifs, écrit HERBERT SPENCER (invoquant l'autorité de J. GRIMM, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 450), achetaient leurs femmes et le mari avait le droit de vendre et de tuer la sienne (*Justice*, trad. Castelot, p. 192).

lement admet le droit de vendre du père de famille, mais bien plus, par son édit de Pistes, il en règle la vente. Vers l'année 1100, un chef de famille des bords du Rhin, Obert, vend à l'abbaye de Saint Pantaléon de Cologne, sa femme Mazecha et ses deux fils, Wichmann et Obert, en même temps que ses biens fonds et trois esclaves ; il déclare garder la liberté pour son propre compte, dans l'espoir de recueillir la succession de ses proches parents.

Ne nous étonnons donc pas si le père avait le pouvoir de marier sa fille, sans le consentement de celle-ci. Il le conserva au moins pendant la période mérovingienne. La loi visigothe du VII[e] siècle et, en 731, une loi de Luitprand le consacrent en termes exprès. Cette dernière loi fut abrogée par Charlemagne. La loi visigothe déclare que si la volonté du père n'a pas été exécutée de son vivant, la fille sera livrée après le décès du père à l'homme qui lui a été choisi. La mainbournie paternelle survivait au mainbour.

Comme exemples historiques de mariages ainsi imposés par la volonté paternelle, on peut citer, sous le règne de Chilpéric I[er] (561-584), celui de Sainte Glodesinde avec le jeune Obolem, laquelle devint abbesse de Metz et ensuite, en 692, celui de Sainte Salaberge, plus tard abbesse de Laudun, avec un nommé Richramm (23).

V. Durant les premiers siècles de la monarchie, les rois concouraient avec l'Eglise à réprouver les mariages contractés contrairement à la volonté paternelle.

---

(23) VAN WETTER (BELG. JUD., 1900, col. 723-725).
Comme exemples, dans les temps modernes, de mariages imposés par la volonté paternelle ou maternelle, et comme preuve de la force inhérente à la loi d'atavisme, il suffit de regarder autour de soi et de lire les « faits divers » des journaux.

La loi Salique, la loi des Allemans, celle des Burgondes, frappaient de peines ceux qui prennent des femmes contre la volonté de leurs parents. Ce n'était, paraît-il, que pour prévenir cet abus qu'elles sévissaient contre le rapt et qu'elles prononçaient, déjà à cette époque, la privation de certains effets civils.

Aussi la loi des Burgondes (titre XII, § 5) frappe d'exhérédation la fille romaine, mariée à un Burgonde, sans le consentement de ses parents, quoique la loi romaine ne paraisse pas avoir établi le défaut de consentement comme cause d'exhérédation : *Romana vero puella, si sine voluntate parentum et consensu, se Burgundionis conjugio sociaverit, nihil se de parentum facultatibus noverit habituram.*

Le droit féodal admettait que les enfants demeuraient sous l'autorité paternelle jusqu'à leur émancipation, et devaient par conséquent obtenir le consentement de leur père ou, à défaut du père, celui de leur tuteur et du conseil de famille (*Cout. du Beauvoisis*, ch. XV, § 31). La jeune fille est toujours, à cette époque, *donnée* en mariage par son père, en vertu de la parole biblique, *caput mulieris vir*. La fille noble devait, en outre, obtenir le consentement du seigneur de son fief; en se mariant, elle donnait à ce seigneur un vassal qui devait être capable de porter les armes et sur la fidélité duquel il pouvait compter (*Etablissements de Saint Louis*, L. I, art. 63, ISAMBERT, *Recueil*, II, 433).

Les Assises de Jérusalem (c. 224), monument des usages français du XI[e] siècle, contiennent une disposition caractéristique. Le seigneur pouvait sommer sa vassale de prendre pour époux un des trois prétendants qu'il lui présentait. Il ne paraît point qu'il fût imposé au seigneur d'autre condition que celle de le choisir du même rang qu'elle. Ni la modestie virginale, ni l'afflic-

tion des veuves, ni l'aversion pour les prétendants, ni l'amour pour un autre plus favorable, ne semblent avoir été considérés comme des excuses légitimes. La vassale déterminée à jouir de son bien dans la félicité du célibat n'en pouvait alléguer qu'une seule valable : c'était qu'elle avait plus de soixante ans, et, après cette cruelle déclaration, le seigneur ne pouvait décemment la contraindre au mariage (HALLAM, *L'Europe au moyen âge*, I, p. 151).

Aussi les mariages contractés sans le consentement des parents, continuent-ils à être déclarés nuls. C'est ce qui arriva, en 863, au mariage du premier comte de Flandre, Baudouin Bras-de-fer. Cette cause célèbre est rapportée par Hincmar, archevêque de Reims, un canoniste renommé de l'époque. La princesse Judith, fille de Charles le Chauve, veuve du roi anglo-saxon, Ethelwolf (836-858), à la suite d'un scandale retentissant, avait dû fuir l'Angleterre en 862 et se réfugier en France, chez son père. Elle était ainsi retombée dans le *mundium* de ce dernier. Reléguée à l'abbaye de Senlis, confiée à la garde de quelques ecclésiastiques, elle s'ennuyait à mourir. Aussi ne tarda-t-elle pas à nouer une intrigue avec *Balduinus Ferreus*, comme le qualifient de vieux documents, lequel, fort entreprenant et stimulé par la fougue de la jeunesse, n'eut pas de longues hésitations. Accompagné de quelques hommes décidés, il procéda à l'enlèvement de la jeune et séduisante veuve. Et ce coup d'audace fut le commencement de la fortune politique du valeureux flamand et, par conséquent, de nos futurs comtes de Flandre. Cet enlèvement le mit décidément hors pair. Charles eut beau protester, refuser son consentement au mariage, menacer Baudouin de la perte de ses fiefs, celui-ci ne s'en soucia guère, il s'unit à Judith. Ce fait donna lieu à une double répression, le *legale judicium*, d'une part, et le *judicium*

ecclesiasticum, d'autre part (24). Mais celui qui devait être notre premier comte de Flandre n'était pas homme à se laisser intimider par des formalités de procédure, ni même par l'excommunication. Il engagea son beau-père à réfléchir, faisant mine de s'allier aux Normands. La crainte de le voir accomplir ses menaces amena l'archevêque de Reims, Hincmar, et le pape lui-même, Nicolas, à intercéder en sa faveur (Hincmar, *ad Nicolaum papam... de Balduini et Judith conjunctione*, *Opera*, II, 245). Après des négociations longues et ardues, une réconciliation intervint, satisfaction fut donnée aux exigences de la loi civile comme aux prescriptions de la loi canonique. Charles se résigna à accepter son audacieux gendre. Celui-ci put donc joindre à ses domaines patrimoniaux le riche héritage de sa femme et laisser à ses successeurs, avec le prestige de leur origine carolovingienne, d'excellents prétextes pour intervenir dans les affaires de France. Aussi Baudouin II (879-918) sut mettre à profit l'excellente situation dont il avait hérité de son père. Tous deux préparèrent le terrain sur lequel va se dérouler l'histoire de Flandre (H. PIRENNE, *Histoire de Belgique*, p. 47).

Il faut croire que le mépris de l'autorité paternelle était inné chez les descendants de Charles le Chauve, car l'histoire rapporte que ce souverain eût les mêmes difficultés avec son fils, Louis le Bègue, dont il fut obligé de faire annuler le mariage avec Ansgarde.

VI. Il semble intéressant de rechercher à quelle époque, s'est formulée dans les lois cette doctrine de

---

(24) CAROLI CALVI, capit. XXX, 5 (Sirmund, p. 282) : « Filiam « nostram Judith viduam secundum leges divinas et mundanas « sub tutione ecclesiastica et regio mundeburdio constitutam, « Balduinus sibi furatus est uxorem, quem post legale judicium « episcopi nostri excommunicaverunt. »

l'Eglise qui devait survivre à travers les âges, que le *sacrement est l'élément constitutif du mariage.*

Le christianisme avait fait disparaître, nous l'avons déjà dit, les dernières traces de la vieille conception de la *familia*, ainsi que la *confarreatio* et la *coemptio*.

Une constitution de Théodose le Jeune (428), nous démontre qu'aucune solennité ne s'était introduite dans le mariage, le seul consentement continuant à être la règle.

Il faut aller jusqu'à Justinien pour trouver dans la loi civile la mention des solennités chrétiennes, mais c'est d'une manière énonciative plutôt qu'impérative.

Enfin, l'empereur Léon VI, dit le Philosophe (886-911), identifia l'union conjugale civile avec le sacrement de l'Eglise, en n'attribuant au mariage d'effets civils et juridiques qu'autant qu'il eût été béni par une cérémonie religieuse (*Nov.* LXXXIX) (25).

Cette loi n'est plus, il est vrai, que de la législation byzantine.

VII. Dans l'Europe occidentale, peu à peu on se départit de la rigueur des principes. Afin de relever le mariage, l'Eglise et les princes avaient agi avec une sage prudence.

Ils proclamèrent que la bénédiction nuptiale était seulement un pieux usage. Un capitulaire de Pépin (755) recommande aux vilains comme aux nobles la bénédiction nuptiale, mais c'est plutôt un conseil qu'un ordre : *Ut omnes homines laici publicas nuptias faciant tam nobiles quam ignobiles.*

---

(25) Sur Léon VI, voir Gibbon, *The History of the Decline and Fall of the Roman empire*, p. 819 (London, 1847) ; Ruben de Couder, *Droit romain*, p. 45 (3e édit.)

L'Eglise se montra facile, elle n'impose plus son intervention directe. Plus tard, elle n'exige même plus le consentement paternel. Les parties elles-mêmes sont les ministres du sacrement. (Pour les détails, J. TISSOT, *Le mariage et le divorce*, p. 147-151.)

La discipline de l'Eglise latine changea au XIIIe siècle, vers le temps de Grégoire IX, et elle ne regarda plus les mariages clandestins que comme illicites, quoique valables.

Les décrétales des papes Alexandre III, Innocent III, Honoré III, Grégoire IX sont insérées au titre *de Sponsalibus et matrimoniis*, où l'on voit cette décision que les fiançailles ou promesses de mariage « suivies de l'ac- » tion qui est permise aux mariés », devenaient un légitime mariage, appelé depuis *matrimonium ratum et præsumptivum*. Toutes les décrétales des papes, rendues dans la suite, ne font plus mention du consentement paternel. Le concile de Florence, tenu en 1439, sous le pape Eugène IV, n'en dit rien.

Au XVIe siècle, les dispositions prohibitives des anciens capitulaires étaient presque partout tombées en désuétude. Certaines coutumes autorisaient les enfants à se marier après vingt ans, sans le consentement des parents, mais aucune loi ne les obligeait, sous peine de nullité, à se munir de l'autorisation de leurs ascendants.

Les plus célèbres canonistes du moyen âge, Pierre Lombard et son commentateur Durand, affirment que « l'essence du sacrement n'est pas la célébration par le » prêtre, mais le consentement du mari et de sa con- » jointe » (dist. XXVII; Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 154). Dans aucun des anciens rituels ne se trouve une formule sacramentelle du mariage à prononcer devant le prêtre. D'ordinaire, le fiancé et la fiancée se rendaient aux portes de l'église — *al huis*

del monasterie, disent les coutumes normandes — *ad ostium ecclesiæ*, où se faisaient les vœux du mariage; ils entraient ensuite dans l'église et s'approchaient de la sainte table.

Le *Christian state of matrimony* (p. 43), traité moral et religieux, paru à Londres en 1543, est également concluant à cet égard : « Aucun homme ne doit considérer la personne vis-à-vis de laquelle il a contracté un engagement, autrement que comme sa propre épouse, alors même que l'engagement n'aurait pas été fait à l'église ni en public. Après les fiançailles et la formation du contrat, il ne faut pas trop tarder d'aller à l'église et de célébrer le mariage » (26).

Il faut croire que jusqu'à une certaine époque, les mêmes usages étaient en vigueur dans la république de Venise. L'histoire rapporte que ce fut en 1519, au mariage d'une nièce du doge Venier avec Jean-Baptiste Grimani, que s'introduisit pour la première fois la présence de témoins, qui furent Antoine Bernardo et Frédéric Contarini (SANUDO, *Diari*, t. XXIV, ch. 343). Toutefois, le mariage d'un noble étant une sorte de fête publique, il était publié, comme un édit, dans la cour du palais du doge. En 1524, fut célébré solennellement le mariage de Vienna, nièce du doge Gritti, avec Paolo Contarini. Le doge, vêtu de velours cramoisi et entouré des seigneurs, reçut dans son palais l'époux et les membres de sa famille. Le jour des noces, cent dames, parées de colliers d'or, de perles et de bijoux, accompagnèrent à l'église de Saint-Marc la fiancée, vêtue de velours rose et le fiancé en habits noirs.

(26) *Every man lykewyse must esteme the parson to whom he is hand-fasted, none otherwyse than his owne spouse, though as yet it be not done in the churche nor in the streate. After the hand-fastynge and makyng of the contracte, the church-going and weddyng shuld not be differed to longe.*

Au XVIIIe siècle, l'usage s'introduisit de célébrer la cérémonie, non plus à l'église, mais dans une maison particulière. En 1752, Cathérine Lorédan, nièce du doge François, fut mariée à Jean Mocenigo, par l'évêque de Tiatira, dans la salle des banquets du palais ducal. Il existe encore une gravure représentant la cérémonie nuptiale. Le doge est sur le trône ; à sa gauche, les mariés, à genoux sur des coussins, sont entourés de sénateurs; à droite se trouve un orchestre.

D'ordinaire, les choses se passaient de la façon suivante. La future s'agenouillait sur un coussin de velours et recevait la bénédiction de son père, de sa mère, de ses plus proches parents. Puis, conduite par le maître des cérémonies au milieu de la salle, elle mettait sa main dans celle de son époux et recevait la bénédiction du prêtre. La cérémonie accomplie, les conjoints échangeaient un baiser, tandis que les assistants criaient : *Basa basa!* pour bien inaugurer de leurs joies nuptiales. L'orchestre se mettait alors à jouer, et la nouvelle mariée, dansant toute seule une sorte de menuet, ouvrait ainsi le bal qui se prolongeait jusqu'à une heure avancée de la nuit (27).

VIII. La lutte qui devait durer des siècles s'était depuis longtemps engagée entre l'Eglise et l'Etat. Durant la première période, le principe du pouvoir spirituel fait à chaque pas de nouveaux progrès. Au XIIIe siècle, l'âge d'or de l'autorité pontificale, le pouvoir temporel est l'instrument de l'autorité religieuse. On eut dit que l'ordre ecclésiastique allait exercer, en Europe, un empire aussi absolu que l'avait été celui des prêtres de l'ancienne Egypte, ou des druides de la

---

(27) P. Molmenti, *La vie privée à Venise*, t. II, p. 109; t. III, p. 72.

Gaule. Avec le XIV[e] siècle recommencent les luttes; le progrès a lieu en sens contraire. Maintes fois les doctrines théocratiques menacent d'engloutir la souveraineté de l'Etat. Mais de toutes parts, une opposition s'élève en faveur de l'indépendance du pouvoir civil. La séparation du spirituel et du temporel se prépare pour l'avenir. Un progrès considérable allait en résulter. La grande découverte occidentale, écrit DUPONT-WHITE (*L'Individu et l'Etat,* p. XXVIII, 3[e] édit.), ce n'est pas l'imprimerie, c'est la division du spirituel et du temporel : l'imprimerie toute seule n'eût servi qu'à multiplier des Corans et des Védas.

Ce conflit, cette lutte, cette victoire résument l'histoire politique du moyen âge.

FRANCE

I. — Notions générales.

1. La forme et les conditions du mariage se trouvent intimement liées à l'histoire politique du moyen âge et même à l'histoire politique moderne. C'est également la plus belle partie de l'ancien droit français, sa création la plus précieuse et la plus durable. Le sujet offre de plus cet avantage de n'être pas exclusivement juridique et de faire ressortir mieux que tout autre le rapport intime des mœurs et des croyances avec le droit (CH. LEFEBVRE, *op. citat.*, p. 2).

2. Dès l'origine du christianisme, le mariage est tombé dans le domaine de l'Eglise, sous l'autorité arbitrale de ses pasteurs. Il a été par excellence, entre chrétiens, matière de conscience, soumise aux décisions et à la juridiction de l'Eglise, cette juridiction s'étant d'abord exercée en la forme volontaire ou arbitrale pour devenir ainsi le point de départ le plus sérieux de sa juridiction officielle. Les premiers chrétiens regardèrent l'arbitrage de leurs évêques comme le moyen le plus convenable de vider leurs différends. Constantin rendit une loi qui favorisait puissamment cette juridiction : elle enjoignait aux juges séculiers de faire exécuter les sentences épiscopales.

Le mariage était du domaine de l'Eglise, non seulement en raison de ces paroles de saint Paul : *Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia* et de divers autres textes encore plus concluants, mais aussi parce que la morale privée fut dès l'origine et ne cessera jamais d'être, par excellence, du domaine de la conscience et du domaine de l'Eglise,

laquelle s'empare de l'homme en dominant avant tout sa conscience.

Les croyances religieuses ont toujours constitué l'élément le plus important de la vie des peuples ; elles forment la base de toutes les institutions politiques et sociales (28).

Ce qui différencie le mariage chrétien des actes antérieurs à la loi nouvelle, c'est, dit le Concile de Trente, la grâce qui le sanctifie : *Igitur matrimonium in lege evangelica veteribus connubiis per Christum gratia præstat* (Sess. XXIV).

Le catéchisme de Meaux, par BOSSUET, définit le sacrement de mariage, « un sacrement qui donne la » grâce à ceux qui se marient de vivre chrétiennement » dans cet état. »

Le catéchisme de Besançon de 1698 le définit : « un » sacrement institué par N. S. J.-C. pour donner la » grâce aux personnes mariées de vivre chrétiennement, s'aider mutuellement et élever leurs enfants » dans la crainte de Dieu. »

3. C'est dans le droit canon qu'il faut chercher, pour la période de l'ancien droit, la définition de l'union conjugale.

Le mariage avait alors un double aspect : il était à la fois contrat civil et sacrement. Le contrat civil était la matière à laquelle, le sacrement conférant la grâce,

---

(28) P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, p. 395 et les notes; HALLAM, *L'Europe au moyen âge* (trad. Borghers, 2e édit.), t. III, p. 14; G. LEBON, *Lois psychologiques de l'évolution des peuples*, p. 144 (2e édit.). — La doctrine de l'Eglise catholique a été admirablement exposée par l'archevêque irlandais Paul Cullen et les évêques irlandais E. Walsch, James Walsche et Thomas Furlong, dans une lettre imprimée, du 16 novembre 1865, adressée à Lord Chelmsford (*Rep. of the Royal Commission on the Laws of Marriage*, 1868, p. 28-34, appendix).

s'appliquait. Il consistait dans l'engagement réciproque des parties, dans l'engagement qu'elles prenaient respectivement de vivre ensemble comme mari et femme, suivant les lois qui régissent l'union des époux (29).

Aussi le droit coutumier ne négligeait-il pas de déterminer les effets civils de cet engagement solennel, mais il en abandonnait les formes et les conditions aux lois ecclésiastiques, parce que c'était, disait-il, « coze dont » l'église doit avoir cognoissance » (30).

4. Le jurisconsulte MODESTIN, qui fut consul en l'an 228, a donné du mariage l'heureuse définition que voici : « L'union de l'homme et de la femme, associés » dans toute leur vie et mettant en commun le droit » divin et le droit humain : *Nuptiæ sunt conjunctio* » *maris et feminæ, consortium omnis vitæ, divini* » *juris et humani consmunicatio.* » Tout est à retenir dans cette définition, dit à juste titre un écrivain français (E. BEAUSSIRE, *Les principes du droit*, p. 206). Après cinq siècles de christianisme, cette définition fut reproduite par un empereur catholique; JUSTINIEN omit seulement les mots qui se rapportent au culte des dieux domestiques (31).

Le mariage, répète un ancien légiste, est la conjonction du mari et de la femme avec une société de vie individüe et communication de tout droit divin et humain (THOMAS CORMIER, *Le Code du très chrétien et très victorieux roi de France et de Navarre, Henri IV*, p. 7. — Rouen, MDCXV).

A la définition ordinaire du mariage, *maris et fe-*

---

(29) E. DEFACQZ, *Ancien droit belgique*, t. I[er], p. 331 ; ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t. II, p. 122.

(30) BEAUMANOIR, *Cout. du Beauvoisis*, t. I[er], p. 277 (édit. Beugnot).

(31) LAURENT, *Droit civil international*, IV, p. 389.

minæ conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens (Ulpien, § 1, J. de *patria potest.*), les canonistes ajoutaient celle qui, à leurs yeux, caractérisait plus exactement l'union conjugale : *novae legis sacramentum quo vir et mulier baptizati corporum suorum dominium mutuo tradunt et accipiunt, secundum prescriptum legum divinarum et humanarum, et ad usum conjugalem* (32).

5. Il en résultait que le contrat civil et le sacrement se trouvèrent indissolublement liés (33). On ne pouvait les séparer, en ce sens que le contrat était la matière nécessaire du sacrement. *Sine contractu nequit sacramentum* (St-Thomas et Carrière, *De matrimonio*, n° 563).

Nous verrons plus loin à quelles conséquences graves ce principe devait aboutir : le mariage se transforme en un contrat consensuel, n'exigeant pour sa validité aucune espèce de cérémonie et le lien fut déclaré indissoluble, perpétuel.

Mais, au cours des siècles, la première de ces conséquences finit par disparaître. Le contrat qui, aux yeux des légistes, formait le principal, étant la matière première, fut peu à peu absorbé par l'accessoire, à tel point qu'en novembre 1563 il n'était réputé exister que par le sacrement. Il était passé tout entier dans les attributions du pouvoir spirituel. Ainsi donc, par suite

---

(32) H. Beaune, *Droit coutumier français. — La condition des personnes*, p. 421.

(33) Cette doctrine de l'indivisibilité du contrat et du sacrement a triomphé dans l'Eglise. Elle a été consacrée dans la 66e proposition du Syllabus de Pie IX et dans l'Encyclique de Léon XIII du 10 février 1880, sur le mariage civil et le divorce. F. Basdevant, *Des Rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage, du Concile de Trente au Code civil*, p. 21. — Paris, 1900.

d'une évolution lente, qui avait pris environ sept siècles, l'Eglise réussit à faire de nouveau appliquer au mariage la doctrine proclamée par l'empereur Léon le philosophe.

6. Le contrat restait ainsi à la fois civil et religieux; contrat civil, car il était soumis aux ordonnances royales; contrat religieux, car il se formait seulement par la bénédiction nuptiale, tout au moins depuis l'ordonnance de Blois.

Le curé pouvait se refuser à célébrer le mariage pour les causes déterminées par la loi canonique, sauf le droit des parties de s'adresser à l'official (34), et par l'appel, au métropolitain, ou, dans certains cas, sous la forme d'appel comme d'abus, au Parlement.

D'un autre côté, les tribunaux ecclésiastiques étaient tenus d'exécuter les ordonnances royales aux termes de l'édit de Henri IV, de 1606.

De plus, le pape n'avait pas le droit d'accorder des dispenses contraires aux dispositions des édits et ordonnances, à moins que le roi ne les eût confirmées par lettres patentes enregistrées.

7. La caractéristique primordiale de la civilisation, au moyen âge, c'est la prédominance de la religion. La société civile se confondait avec la société religieuse; l'homme ne s'isolait pas du chrétien. Les actes de l'état civil étaient reçus par les curés des paroisses; le fait matériel était constaté en même temps que la cérémonie religieuse, le prêtre accomplissant un double ministère.

Au mariage de Marie-Antoinette avec le Dauphin de

---

(34) L'officialité était un tribunal ecclésiastique, institué par les évêques ou archevêques pour exercer en leurs noms et places, la juridiction contentieuse. C'était une émanation du pouvoir juridictionnel de l'évêque. Sur l'origine et l'histoire des *Officialités*, voir L'abbé ANDRÉ, *Code alphabétique et méthodique de droit canon*, t. II, p. 672 et suivantes.

France, plus tard Louis XVI, et célébré à Versailles dans la chapelle du roi, le 16 mai 1770, le grand-aumônier présenta *les registres de la paroisse* royale, apportés par le curé de cette paroisse, lequel avait assisté à toute la cérémonie (DENISART, V° *Mariage*, n° 52).

8. La présence des parties à la célébration religieuse n'était pas indispensable; elles pouvaient s'y faire représenter par mandataires, par procureurs, et les mariages ainsi contractés étaient parfaitement valables.

Il était toutefois d'usage de réitérer la cérémonie, mais cette nouvelle solennité était purement facultative. Aussi la cohabitation était-elle possible à partir de cette époque et avant le renouvellement de la solennité.

Henri IV, après avoir épousé par procureur Marie de Médicis, consomma à Lyon son mariage avant la réitération de la cérémonie (POTHIER, V° *Mariage*, n° 367).

9. Les fiançailles avaient une importance considérable. Cela provenait de ce que, au moyen âge, les mariages étaient surtout des alliances entre deux familles, destinées le plus souvent à rétablir ou à maintenir la paix entre elles (35).

Sous l'empire du code civil, les promesses de mariage ne sont plus valables, en vertu du principe qu'il faut laisser au consentement une liberté absolue. Si les fiançailles existent encore comme usages mondains, juridiquement elles ont été supprimées; rien ne saurait porter atteinte à la liberté qui doit présider à l'union conjugale. Toute convention contraire est radicale-

(35) C'est ce qui explique pourquoi les enfants peuvent être fiancés à un âge très jeune, comme nous le verrons plus loin. Les fiançailles ne pouvaient produire le résultat désiré que si elles intervenaient bien longtemps avant l'époque où le mariage, gage de paix, serait réalisable.

ment nulle, la prohibition étant d'ordre public (art. 6 et 1133 du code civil) (36).

Sous l'ancienne législation, il en était autrement. De même que, en droit romain, les *sponsalia*, reconnues par la loi, tout en n'obligeant jamais à contracter mariage, produisent néanmoins certains effets civils (37).

Le mariage étant considéré comme un sacrement, les juges d'Eglise connaissent de la validité ou de l'invalidité des fiançailles, et le tribunal du juge séculier, des dommages-intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution de cet acte.

Cette compétence de l'Official n'existe d'ailleurs qu'entre le fiancé et la fiancée. Si l'action est dirigée contre le père, à raison de l'engagement qu'il aurait contracté personnellement, elle doit être portée devant le juge séculier, l'obligation prétendue n'ayant rien de spirituel.

Si les promesses sont avouées ou prouvées et qu'il paraisse d'ailleurs à l'Official que l'engagement a été

---

(36) Sur la condition qui restreint la liberté du mariage, E. Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, p. 251.

(37) Chez les Romains, les fiançailles étaient habituellement précédées d'un accord préliminaire entre le fiancé et le père de la fiancée. Celle-ci commence par être *sperata;* dès qu'il s'est établi un accord et jusqu'au moment de la célébration des fiançailles, elle devient *pacta*, pour être enfin appelée *sponsa.*

De là viennent les mots *sponsalia*, *sponsus*, *sponsa*, employés pour désigner les fiançailles, le fiancé, la fiancée.

Primum, dit Gronovius sur Aulu-Gelle, *virgo sperata dicebatur ; quum conventa erat conditio, pacta ; ubi interpositæ stipulationes, sponsa* (*Noctes Atticæ*, IV, 4).

Aulu-Gelle, au passage indiqué ci-dessus, donne la description des formalités relatives aux *sponsalia.*

valablement contracté, il prononce la validité des fiançailles et exhorte le fiancé à accomplir cet engagement; si ce dernier persiste dans son refus, il ne peut pas l'y contraindre par la voie des censures ecclésiastiques. En pareil cas, l'Official doit prononcer la dissolution des fiançailles et se contenter d'imposer au fiancé récalcitrant une pénitence qui consiste en quelques prières ou de légères aumônes. On tolère ce manque de foi, parce qu'on le regarde comme un moindre mal que celui qui pourrait résulter d'un mariage contracté par contrainte (38).

10. Il était d'usage de fournir des arrhes. Celui des contractants qui, sans motifs légitimes, refuse d'accomplir son engagement, doit rendre à l'autre les arrhes qu'il a reçues et perdre celles qu'il a données, pourvu toutefois qu'elles ne soient pas exorbitantes relativement à la qualité et aux facultés des parties, sinon il serait en droit de les répéter en partie (39).

Les fiançailles par paroles de présent, *sponsalia per verba de praesenti*, ne différaient du mariage qu'en ce qu'elles n'étaient pas accompagnées de bénédiction sacerdotale. Il en était du reste ainsi dans la plus grande partie de l'Europe. Selon FRIEDBERG, aussi longtemps qu'il n'y avait pas eu de cérémonie religieuse,

---

(38) MERLIN, *Répertoire*, V° *Fiançailles*, VIII.

(39) Cette doctrine, dit MERLIN, est fondée sur ce qu'étant important, pour le bien de la société, que les mariages soient parfaitement libres, on doit faire en sorte que la crainte d'une perte trop considérable ne force une personne à se marier contre son gré.

C'est pour les mêmes considérations qu'on ne doit avoir aucun égard aux stipulations pénales relatives au refus d'exécuter des promesses de mariage, lorsque la peine stipulée excède ce que le juge estime être dû pour les dommages-intérêts (*Répertoire*, V° *Arrhes*).

il n'existait, en droit germanique, aucune différence entre les fiançailles (*Verlöbniss*) et le mariage (*Vermählung*); de là le mot *brût* signifiait à la fois fiancée et épouse, de même *Gemahele* signifiait épouse et fiancée (40).

Yves de Chartres (41) regarde comme nul le mariage contracté au mépris de fiançailles *jurées*, c'est-à-dire fortifiées par le serment. Logique dans ses déductions, il considère comme indissoluble en principe le lien créé par de telles fiançailles. Cette thèse, ajoute M. Esmein, a laissé des traces durables (42).

Pendant longtemps, l'âge nécessaire pour se fiancer valablement ne paraît pas avoir été exactement déterminé. Il résulte clairement d'une lettre d'Yves de Chartres que ce point n'était pas encore fixé de son temps. S'appuyant sur un texte du Digeste, il se prononce pour l'âge de sept ans, comme étant celui où les enfants commencent à comprendre pleinement le sens de leurs actes. C'est la règle que les Décrétales posèrent dès la fin du XII[e] siècle.

Il établit également la doctrine qui devait triompher, en distinguant à cet égard les fiançailles du mariage, en permettant de contracter celles-ci avant l'âge fixé pour contracter une union valable (Esmein, I, 150).

11. Comme à sept ans, de l'avis des canonistes, les enfants commencent à avoir de la connaissance, l'opinion commune est qu'à sept ans accomplis, ils peuvent

---

(40) E. Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen entwicklung* (Le droit matrimonial dans son développement historique), p. 21. Leipzig, 1865.

(41) Ecrivain ecclésiastique (vers 1040-1115), qui a laissé un *Recueil de décrets ou de canons*, des *Lettres*, des *Sermons*, un *Micrologue* (l'explication des cérémonies de l'Eglise).

(42) Esmein, *op. citat.*, I, 105.

être fiancés, du consentement de leurs pères, mères et tuteurs (SANCHEZ, *De matrimonio*, L. I, *disput.* 16).

Les *Etablissements de Saint-Louis* (1270) contiennent un article sur les arrhes de mariage pour des enfants qui ne sont pas encore en âge.

« Si quelqu'un ayant un fils encore mineur, dit à l'un » de ses voisins : vous avez une fille qui est de l'âge de » mon fils ; si vous vouliez qu'ils fussent mariés ensem- » ble quand ils seront en âge, je le voudrais bien, à cet » effet donnez-moi une partie de votre terre, et je vous » donnerai dix livres d'arrhes ; de manière que les » arrhes me resteront, si votre fille, quand elle sera » nubile, refuse de consentir à ce mariage. Les arrhes » lui demeureront, ou à ses enfants, s'il n'y a parenté, ou » autre cas pour lequel le mariage ne pût s'accomplir ; » mais s'il y avait parenté ou autre empêchement déri- » mant, chacun gardera les arrhes qu'il aura pu donner. » Si cependant ils avaient pris entre eux telle conven- » tion qu'ils eussent donné caution de rendre cent livres, » plus ou moins, si le mariage n'avait pas lieu, *la peine » ne serait pas tenable par droit* » (Livre I, art. 124).

12. Le mot *sacrement*, en général, est employé dans les Saintes Ecritures pour signifier une chose secrète et sacrée.

Pris dans une signification moins étendue, il signifie une chose sainte et sacrée, en tant qu'elle dévoue les hommes à Dieu, et, en ce sens, il a même signification que celui de mystère, mot tiré du grec qui veut dire le signe extérieur d'une chose sacrée et secrète.

Ce mot a été mis en usage, dès les premiers siècles de l'Eglise, pour signifier les sacrements que Jésus-Christ a institués.

Mais les sacrements de la nouvelle loi, selon la définition du concile de Trente, sont des signes sensibles

qui, par l'institution divine, ont la vertu de signifier et de produire la sainteté et la justice. Ils ont été institués par Jésus-Christ. Le concile déclare anathèmes ceux qui soutiennent le contraire : *Si quis sacramenta novae legis..., non fuisse omnia a Jesu-Christo Domino nostro instituta, anathema sit* (Session XXI, c. 2). Dieu seul a pu donner aux sacrements, par sa puissance souveraine, leur vertu et leur force.

13. Le concile de Trente, session XXIV, explique, en douze canons, la foi et la doctrine de l'Eglise sur le sacrement du mariage.

« Si quelqu'un dit que le mariage n'est pas véritable- » ment et proprement un des sept sacrements de la loi » évangélique, institué par Notre-Seigneur Jésus-Christ, » mais qu'il a été inventé par les hommes dans l'Eglise » et qu'il ne confère point la grâce; qu'il soit ana- » thème » (43).

Etait de même déclaré anathème, c'est-à-dire exposé publiquement à la malédiction, celui qui niait l'existence des sept sacrements, car, on sait que les protestants n'en reconnaissent que deux : le baptême et la communion (44).

14. Saint-Thomas remarque qu'il faut considérer le mariage sous trois points de vue différents, par rapport aux trois fins différentes que Dieu s'y est proposées, qui sont la propagation perpétuelle du genre humain, celle de la société civile et celle de l'Eglise; que par rapport

---

(43) *Si quis dixerit matrimonium non esse vere et proprie unum ex septem legis evangelicae Sacramentis à Christo, domino institutum, sed ab hominibus in ecclesia inventum, neque gratiam conferre; anathema sit* (Canon I).

(44) *Si quis dixerit sacramenta esse plura vel pauciora quam septem : videlicet, baptismum, confirmationem, eucharistiam, pœnitentiam, extremam unctionem, ordinem et matrimonium...; anathema sit* (Session VII).

à ces trois fins, il a besoin de différents règlements qui y conduisent (45).

Sous le premier rapport, c'est un devoir de la nature, *officium naturae*, qui a pour règle et pour fin la génération.

Sous le second, il a pour fin le bien de la société civile et pour règle les lois civiles.

Sous le troisième rapport qui regarde le bien de l'Eglise, le mariage doit dépendre des canons et des règlements de l'Eglise, dont les ministres sont les dispensateurs des sacrements, au nombre desquels est le mariage des chrétiens.

Mais il faut bien se garder de croire que ce soient trois contrats distincts; c'est un contrat universel, qui consiste dans la translation du droit mutuel sur le corps des époux et qui prend ces différents noms, suivant ses différents rapports (46).

---

(45) *Matrimonium in quantum est in officium naturæ, statuitur lege naturæ; in quantum est sacramentum, statuitur jure divino; in quantum est in officium communitatis, statuitur lege civili* (Dist. XXXIV, I, art. 1).

(46) L'abbé André, *Code alphabétique et méthodique de droit canon*, V° *Mariage*, t. II, p. 500; J. Tissot, *Mariage et divorce* p. 147.

II. — Conditions du mariage avant l'Édit de Henri II.

15. Le mariage se contractait par le simple consentement des parties, sans égard au gré ou à l'opposition des parents.

Le droit canonique avait multiplié, il est vrai, les obstacles pour empêcher le consentement de se former trop facilement, soit en étendant les degrés prohibés de consanguinité, soit en créant des affinités, mais toutes les lois subséquentes démontrent l'insuffisance de cette mesure.

Les empêchements étaient de droit naturel (la folie, l'impuissance), de droit divin et de droit politique.

Ils relevaient du droit divin lorsqu'ils prenaient leur source dans le dogme, dans les prescriptions de la loi Mosaïque (Lévitique, ch. 18, 20) dans la volonté du Christ, par exemple l'existence d'un premier mariage.

Ils étaient réputés de droit politique lorsqu'ils provenaient d'une prohibition de la loi ecclésiastique ou de la loi civile.

Les empêchements de droit naturel et de droit divin constituaient des causes de nullité, ils étaient appelés *dirimants.*

Les empêchements de droit politique étaient tantôt dirimants, tantôt simplement prohibitifs.

16. On s'imaginerait volontiers qu'au moins ce consentement devait émaner de personnes capables d'en apprécier la portée et l'importance, capables de manifester un acte de volonté intelligent et raisonné. Il n'en est rien. Les enfants pouvaient se marier, pour ainsi dire, à tout âge, dès qu'ils paraissaient extérieurement

4

propres à la cohabitation, quatorze ans pour les garçons, douze ans pour les filles.

Inutile de dire que des dispenses étaient rarement concédées par le pouvoir ecclésiastique, aux attributions duquel elles ressortissaient. Néanmoins, l'histoire rapporte quelques dispenses restées célèbres. Notamment la dispense accordée par le pape Paul V à Louis XIII, âgé de treize ans et dix mois; celle de Clément V à Isabelle, fille de Philippe le Bel, âgée de moins de dix ans, mais le mariage n'eut lieu que plus tard; celle de Clément IV à Blanche, fille de Saint-Louis, âgée de onze ans et huit mois.

17. Chez les peuples germaniques, le mariage semble avoir pris la forme d'une vente. On peut, il est vrai, se demander si c'est la femme elle-même ou le *mundium* qui forme l'objet de la vente, mais en toute hypothèse, il y a vente au mari d'un droit de propriété sur sa femme.

Daas l'ancien droit frison, le mari s'appelle *Foeremund*, possesseur du *mund*, il n'a pas d'autre synonyme, ni équivalent (47).

Il est naturel de croire que le mariage devait être accompagné de formalités extérieures, destinées à constater l'acquisition de la femme ou du *mundium* (48),

---

(47) E. FRIEDBERG, *op. citat.*, p. 17.

(48) Voyez, sur ce point, l'intéressante discussion de M. CH. LEFEBVRE dans ses *Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, pp. 362-379, 421-430.

Le savant professeur, après avoir repoussé énergiquement l'idée d'une vente quelconque, conclut : « Ce *pretium nuptiale* « n'était autre qu'un présent ou cadeau dû en coutume et remis « dans le plus vieil usage aux parents de la jeune fille ». Ce présent se serait basé sur des mobiles simples et humains. « C'est un « *présent*, d'abord à raison du *consentement* que les parents « avaient à donner au mariage qu'ils auraient pu refuser » ; il était ensuite inspiré par des sentiments de gratitude et des consi-

formalités analogues à celles que les Germains employaient pour les achats et les ventes ordinaires.

La tradition de la fiancée au mari avait lieu dans un *mallum* (PARDESSUS, *Loi salique*, 13e dissertation). De là le mot allemand *Gemahl* et le mot néerlandais *Gemaal*, époux.

D'ordinaire, le mari achetait du père ou, à défaut de père, du tuteur, le *mundium* de la femme, auquel étaient attachés des avantages pécuniaires, notamment le *wergeld*.

Mais il arrivait parfois que le mari n'en acquittait pas le prix; dans ce cas, le père ou le tuteur continuait à rester en possession du *mundium;* il touchait le *wergeld* et acquérait, paraît-il, même un droit de puissance sur les enfants issus de pareille union.

On peut conclure de là, dit FRIEDBERG, qu'il était possible de se procurer une épouse sans en payer le prix et qu'il n'y avait pas de vente de femme, au sens strict du mot (49).

18. A la suite des temps, les avantages attachés au *mundium* furent évalués à une somme fixe et déter-

---

dérations d'alliance; il représentait enfin un dédommagement pour les parents qui ont élevé la jeune fille et vont perdre son concours à l'âge où il est devenu plus utile (pp. 369-372).

(49) E. FRIEDBERG, *op. citat.*, p. 18 et les autorités citées en notes.

Voici comment s'exprime M. ESMEIN sur ce principe des coutumes germaniques : « La *dos* étant le prix d'achat du *mundium* « et l'acquisition du *mundium* étant nécessaire pour les justes « noces, il était exact de dire qu'il n'y avait point de mariage « sans *dos* » (*Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 186).

RIVE a démontré, en s'appuyant sur les textes, que le mariage, sans l'achat du *mundium*, était néanmoins légitime, *de Dote*, p. 15; SCHRŒDER, *de Dote*, p. 82, note. Ce dernier auteur soutient que cet achat a toujours et uniquement porté sur le *mundium*, p. 4, note 15).

minée, ils furent tarifés. Cette lente évolution donna naissance à la dot. A mesure que s'affaiblissait l'autorité du *mundwald* et que les avantages y attachés diminuaient en importance, la conception de l'idée de dot, au sens romain du mot, refoula peu à peu l'indemnité primitive, la *dos* germanique, et finit par s'y substituer complètement (50).

Quelques juristes continuèrent à soutenir qu'il fallait *nécessairement* une dot dans tout mariage, mais peu à peu l'opinion contraire triompha (ESMEIN, I, 186).

---

(50) C'était le consentement qui, en droit romain, formait les noces, indépendamment de toute consommation et de toute solennité de célébration.

Justinien introduit une première innovation ; il exige, pour la validité des unions entre *personnes illustres*, la confection du *dotale instrumentum* ou du moins une déclaration devant le *defensor ecclesiæ*, un juge qui, en présence de trois ecclésiastiques, en dresse un acte, déposé ensuite aux archives (*Nov.* 74, ch. 4 ; *Nov.* 117, ch. 4).

L'empereur explique très longuement dans la Novelle 74, les inconvénients graves de la preuve testimoniale et la multiplicité des faux témoignages. C'est pour y obvier qu'il exige, à l'égard des personnes illustres, une preuve littérale, soit un contrat de mariage, soit une déclaration reçue par le défenseur de l'Eglise.

Plus tard, dans une constitution postérieure (*Nov.* 117), expliquant son intention, il exige positivement un instrumentum dotale et ne fait plus mention du *defensor ecclesiæ*.

Cependant tous les sujets de l'empire qui ne sont pas revêtus des principales dignités sont dispensés de l'*instrumentum dotale*, sans doute parce que les intérêts pécuniaires compromis par l'absence de cet acte étaient moins importants.

Voici comment s'exprime VOLTAIRE (*Diction. philosophique*, V° *Droit canon.*) : « C'est cet empereur (Justinien) qui fit, vers le « milieu du VI° siècle, les premières lois pour que les *prêtres* « intervinssent comme *simples témoins*, sans ordonner encore de « bénédiction nuptiale.

« L'empereur Léon, qui mourut sur le trône en 886, semble « être le premier qui ait mis la cérémonie religieuse au rang des « conditions nécessaires. La loi même qu'il fit, atteste que c'était « un nouvel établissement ».

19. A l'époque où la vente n'était plus que symbolique, le prix du *mundium* étant fixé à un sou et un denier, le mariage pouvait valablement se contracter *solo consensu*.

Pour remédier aux difficultés de la preuve, les Francs recoururent, après l'invasion, à la rédaction d'actes relatifs aux conventions matrimoniales, empruntés aux usages romains. Il y eut alors des *libelli dotis*, dont les formules nous sont parvenues. Ce sont ces actes que la loi des Ripuaires appelle *Tabularum seu chartarum instrumenta*. La dot prit en outre une fixité nouvelle, en s'appliquant surtout à des fonds de terre.

En l'absence de constitution de dot et de *tabulae*, on devait présumer le concubinat et non le mariage (51).

20. La Loi Salique (rédigée sous Clovis, entre 486 et 496), semble à peu près muette sur les coutumes matrimoniales des Francs saliens. Quelques fragments sur le rapt et l'adultère, un titre court et singulier sur le *Reipus*, c'est tout ce que nous y trouvons sur le droit matrimonial.

La Loi Ripuaire (rédigée sous Childebert, probablement vers 590), écrite en vue des Francs d'Austrasie, renferme, à défaut d'un règlement d'ensemble sur l'institution du mariage, quelques traits bien dessinés du régime conjugal, notamment un titre important, *De dotibus Mulierum*.

Il est singulièrement difficile, remarque M. CH. LEFEBVRE, de déclarer avec précision suffisante ce que les Germains et, parmi eux, les Francs, ont pu vraiment apporter d'outre-Rhin, comme éléments originaux pour les coutumes à venir. C'est plus difficile encore pour les

---

(51) BEAUCHET, *Nouv. revue hist.*, VI, pp. 376, 377, 378 et la note 1; CAUVET, *Revue de législat. et de jurisprud.*, t. XXIX, p. 158.

coutumes matrimoniales, parce que la direction chrétienne, y ayant eu plus de prise, laisse plus de doute sur l'origine véritable ou principale de ce qui n'a pas été romain (p. 303).

21. Sous les Mérovingiens et Carolovingiens, le mariage se concluait par la transmission du *mundium*, laquelle s'effectue par la tradition de la femme et de ses biens.

Le payement de la *dos* — preuve d'une union légitime — constituait la différence essentielle entre le mariage et le concubinat, ce qui, dit Friedberg, n'a pas été méconnu par l'Eglise elle-même (p. 20 et la note 4). Et, en effet, citons à cet égard les paroles de Saint Augustin disant : « Que les concubines ne sont pas des épouses, » non parce que la bénédiction leur manque, mais parce » qu'il n'y a point d'acte civil constitutif de la dot ».

Le concubinat était resté le mariage populaire. C'est justement ainsi qu'avait débuté la vieille Rome, avec sa distinction de mariage par *confarreatio*, *coemptio* et *usucapio*.

Pendant une grande partie du moyen âge, la *dos* fut considérée comme le signe distinctif qui séparait le mariage véritable d'une union moins pure, destituée de ce caractère (52).

En 524, le concile d'Arles établissait la règle suivante: *Nullum sine dote fiat conjugium, nec sine publicis nuptiis quisquam habere praesumat.*

Aussi l'Eglise refusait-elle de bénir les mariages dans lesquels une *dos* n'avait pas été constituée à la femme. Mais, la bénédiction nuptiale n'étant pas requise à peine de nullité, l'absence de constitution de dot devint peu à

(52) Cauvet, *Revue de législat. et de jurisprud.*, t. XXIX, p. 158.

peu sans influence sur la validité du lien conjugal, sauf pour les parties la difficulté de prouver la légitimité de leur union et de la faire distinguer du concubinat.

22. Suivant un usage devenu constant, le concubin, qui désirait transformer son union en union légale, devait commencer par renvoyer sa concubine; puis, l'ayant dotée, il la reprenait et conséquemment l'épousait, *antequam uxorem accipiat, dimittat eam et, si est libera, dotet eam* (53).

Cette forme de mariage est appuyée d'un exemple historique. Charles-le-Chauve avait pris Richilde comme concubine, il vivait publiquement avec elle. Devenu veuf, il exprima le désir de l'épouser, mais le clergé l'obligea à la renvoyer d'abord et à la doter ensuite, *concubinam suam desponsatam atque dotatam in conjugium duxit* (54).

23. Sous Clovis, le prix du *mundium* était déjà purement symbolique; il fait remettre au père de Clotilde le sou d'or et le denier.

Le prix du *mundium* fut d'abord payé au *mundwald*, mais graduellement on en vint à attribuer aux femmes elles-mêmes le prix du *mundium* et ce prix emprunta le nom de *dot* à l'institution romaine qui en était précisément la contre-partie, puisque la *dot* était apportée au mari par la femme; les Germains manquaient de mots pour exprimer en latin leurs institutions (55).

24. A l'époque carolovingienne, les traces d'un concours du clergé à la célébration du mariage, sont

---

(53) BURCHARD DE WORMS, *Corrector*, c. 250, d'après FRIEDBERG, p. 21.

(54) DUCHESNE, *Hist. franç.*, t. II, p. 404 (Paris 1639).

(55) RIMASSON, *Essai historique sur la législat. du douaire dans le droit germanique* (*Rev. de législat.*, 1870-71, p. 167).

minimes. La bénédiction nuptiale était, dans certains cas, simplement un pieux usage; il en était ainsi notamment pour le mariage des souverains.

Les *Annales Bertiniani*, Saint-Bertin (ad ann. 856), nous permettent de nous représenter la cérémonie du mariage du roi anglo-saxon Ethelwolf avec la princesse Judith, fille de Charles-le-Chauve, qui devint plus tard notre première comtesse de Flandre (56).

Le monarque anglo-saxon, à la longue barbe, s'avance, revêtu de ses vêtements et insignes royaux, précédé d'une escorte d'hommes d'élite, choisis parmi les plus grands personnages de son royaume.

Il s'arrête au seuil de l'église, *ad ostum ecclesiæ*, et, se conformant aux usages de l'époque, il paie, à titre de transfert du *mundium*, la dot obligatoire. La tradition de la jeune fiancée lui ayant été faite par le roi des Francs, son père, il place sa main dans celle de Judith et, échangeant avec elle les paroles de mariage, il lui passe au doigt l'anneau nuptial, signe de leur union indissoluble.

Le mariage est conclu; les nouveaux époux, suivis de leur brillante escorte, entrent ensemble à l'église et s'approchent de la Sainte Table. Ensuite l'évêque officiant, en chape dorée, après avoir adressé au couple royal quelques paroles de circonstance, leur donne la bénédiction nuptiale, terminant par ces mots :

Benedic, Domine, has dotes et accipientes tua benedictione dotare digneris.

En même temps, le vieux roi anglo-saxon posa le diadème royal sur la tête de sa captivante épouse, *imposito*

(56) Comme nous l'avons vu plus haut (p. 27), Judith, devenue veuve et reléguée à l'abbaye de Senlis, consentit à se faire enlever par Baudouin-Bras de fer.

capite ejus diademate reginae nomine insignit, et lui donna le titre de reine, ce qui, ajoute le chroniqueur, était une nouveauté pour les Francs et n'avait pas encore été fait jusqu'alors (57).

25. Les droits civils des époux se réglaient ainsi à la porte de l'église, avant la bénédiction nuptiale qu'ils allaient recevoir.

Déjà, chez les Germains, il était d'usage que le mari, au moment du mariage, offrît avec solennité des présents à sa femme (TACITE, *De moribus Germ.*, ch. XVIII).

A partir du IXe siècle, le douaire, issu de la *dos* et du *morgengabe* des Germains, se confond en un avantage unique, le *dotalitium* ou *doarium*. Le douaire, donation d'abord purement mobilière et conventionnelle, devint, surtout par l'influence canonique, légale et obligatoire, en même temps que son assiette s'étendit avec le temps aux immeubles et qu'il se transforma en un seul droit d'usufruit, octroyé à la femme pour, en sa viduité, représenter l'honneur et la dignité de la maison de son mari.

Ainsi chaque institution emprunte quelque chose au siècle qu'elle traverse, grandissant ou diminuant, suivant les circonstances.

26. Peu à peu la cérémonie religieuse entra dans les mœurs, on dirait de nos jours devint à la mode; il en

---

(57) *Edilwulf, rex occidentalium Anglorum... Judith... desponsatam... in matrimonium accepit et eam... episcopo benedicente, imposito capiti ejus diademate reginae nomine insignit, quod sibi suaeque genti eatenus fuerat insuetum : patratoque regiis apparatibus utriusque atque muneribus matrimonio. (Annales Bertiniani, ad annum* 856; PERTZ, *Monumenta Germaniae historica*, t. I, p. 450.)

est fait fréquemment mention dans les poëmes du moyen âge :

> Desous un paile que fist fere une fée
> Fu la roïne benéite et sacrée (58).

quoique la future reine fût une veuve.

La dot est payée à la porte de l'église, *a porte de moustier* (59), et les dispositions y relatives, telles qu'elles sont mentionnées dans les *Etablissements de Saint Louis*, nous permettent d'induire à une bénédiction nuptiale qui se donnait après la formation du lien conjugal (60).

Rien ne montre mieux l'évolution de la cérémonie religieuse au moyeu âge, que les textes des anciens Rituels français. On y voit l'importance graduelle de la présence du prêtre à la cérémonie nuptiale, l'Eglise englober peu à peu le mariage, simple contrat, dans la sphère de l'influence religieuse et finir par s'en emparer complètement (61).

---

(58) Roman d'AUBERY LE BOURGOING, p. 37.

(59) Nous constaterons qu'à la même époque existe une coutume identique en Angleterre.

(60) « Gentilfame peut bien plaider de son douère en la cort « a celui en qui chastellerie il sera, ou en la cort de Sainte « Eglise ; et en est à son choix. Et ainsi puet fere Gentilhome « de son mariage qui li a esté donné a porte de moustier. » (L. I, c. 18.)

(61) La consécration de l'Eglise qui, primitivement, n'était qu'une visite à l'église après le mariage, repose sur ce que des chrétiens ne doivent pas commencer un état de vie aussi important que le mariage, sans le placer sous la bénédiction de Dieu ; dans la suite, elle est aussi devenue l'acte officiel par lequel le mariage se confirme juridiquement. Mais elle n'est pas elle-même l'action qui fonde le mariage dans un sens moral. Ce n'est que la propre déclaration des époux qui le fonde ainsi que leur volonté. (STARCKE, *La famille dans les différentes sociétés*, pp. 19-20.)

Le rituel d'Amiens nous montre l'intervention complète du prêtre à la formation du mariage et le payement symbolique de la dot au moyen de treize deniers, « le treizain », suivant l'expression usitée dans le Berry.

Après que le prêtre a uni les époux par ces mots : « Jean, je vous donne Marie. Marie, je vous donne » Jean », le rituel s'exprime dans les termes que voici :

Sequitur benedictio annuli, si non benedicatur, et debet poni supra librum cum XIII denariis... Quo benedicto distribuatur argentum prout sacerdoti videbitur expedire, sed ad minus debent tres denarii reservari. Et aspergat sacerdos annulum aqua benedicto dicendo in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti. Amen.

Post accipiat sponsus annulum de manu sacerdotis cum argento tribus digitis tenens, et dicat habens argentum in media manu :

« Marie de cet anneau t'espouse, et de cet argent te » honoure, et de mon corps te doue ».

Dans le rituel de Limoges, ces dernières paroles sont remplacées par les suivantes :

« Marie de cest anel je t'espouse, et mon corps t'ho- » nore, et te doue du douaire, qui est diviziez entre » mes amis et les tiens. »

Ces rituels nous donnent également la description d'une cérémonie religieuse des fiançailles. Le rituel de Rheims contient la formule imposée au fiancé : « Tu » prendras N... icy présente a femme et a épouse dedans » quarante jours. » Ces fiançailles donnaient lieu à de nombreux abus, elles facilitaient la cohabitation ; de là l'habitude de ne se fiancer que la veille de la célébration du mariage.

27. Il s'était formé peu à peu trois espèces de ma-

riages, suivant le mode de preuve, auquel on pouvait avoir recours (62).

1° Le mariage *per verba de praesenti*, par paroles de présent, c'est l'engagement actuel de se prendre immédiatement pour mari et pour femme.

2° *Per verba de futuro subsequente copula*, c'est la promesse, suivie de cohabitation effective.

C'étaient les fiançailles ou promesses de mariage; elles formaient comme la préparation normale du mariage, mais elles entraînaient l'obligation juridique de le contracter et si des rapports sexuels s'établissaient entre de simples fiancés, immédiatement et fatalement elles se transformaient en union légitime.

3° Par commune renommée, résultant le plus souvent de la cohabitation, ce que les jurisconsultes écossais appellent *habit and repute*. De là le vieil adage coutumier, rapporté par Loisel :

> Boire, manger, coucher ensemble,
> C'est mariage, ce me semble.

« Le consentement des parties se prouve par leurs » paroles, comme si l'homme promet à la femme qu'il » l'aura désormais pour sa femme et épouse et elle lui » promet de lui garder sa foi comme à son mari et » époux ou autres paroles semblables. Davantage le » mariage se prouve de ce que les parties se font com- » munément appeler du nom de mari et femme, époux » et épouse, si avecques ce, le bruit du voisinage et » autres indices l'entretiennent. Mais, par le droit » canon, la meilleure preuve est celle qui se fait par la » consécration solennelle du prêtre et foi donnée en » public avec arrhes. »

---

(62) Ces trois formes de mariage ont continué à subsister en Ecosse.

« Le mariage ne se prouve point par paroles qui ne » se sont dites à bon escient, mais seulement par rail- » lerie ou risée, principalement par personnes éprises » de vin et dont il appert évidemment. »

« Le mariage est réputé parfait et accompli, si, après » les fiançailles, les parties ont eu cohabitation char- » nelle par ensemble » (CORMIER, *op. cit.*, p. 10).

28. Voici un acte passé dans le duché de Bourgogne en 1324 : « Othe se consentivit in sponsum et maritum » Johanne per talia verba : *Ego volo vos in uxorem* » secundum præcepta Sanctæ Ecclesiæ, et *ego vos in* » *maritum.* » Nous y voyons figurer, comme témoins, Othon, abbé, Johannes D. et Hugo Davis et plusieurs autres témoins (*et plures alii*) (63).

Dans le roman de PERCEFOREST, l'auteur met en scène un chevalier qui tend une coupe pleine à Estonne, sa fiancée, en lui disant : « Pucelle, s'il est ainsi que le » mariage de vous et de moy vous plaise, je vous re- » quiers que vous recevrez ceste couppe et y beuvez. » La jeune fille l'offre à son tour à son futur et lui dit : « Sire, je vous prie que vous beuvez devant, comme » mon mary, mon amy et mon seigneur. » Le chevalier trempe sa lèvre dans la coupe et la lui rendant : « Madame, mon espouse et ma compaigne, » dit-il, « beuvez après moi. »

A Rouen, le pain et le vin étaient présentés aux époux par le père de l'un d'eux, en signe de leur union et comme symbole de la vie conjugale.

Ailleurs, c'était le don d'un anneau et la constitution du douaire qui marquaient le consentement et solennisaient le mariage. « De cet anneau je t'espouse », disait

(63) *Chartae nuptiales*, *Mémoires de la Commission des antiquités de la Côte d'or*, 1832 1833, p. 3.

le marié, « de cet argent ton corps honore, mes aul-
» mones et bienfaits te recommande » (64).

29. Un mariage religieux célèbre est celui d'Abélard et d'Héloïse. « Ils se trouvèrent dans une certaine » église, à l'issue des matines, accompagnés de part et » d'autre de quelques amis affidés. Ils y reçurent du » prêtre la bénédiction nuptiale. Alors il n'était pas » besoin de tant de cérémonies pour la validité d'un » mariage ; le Concile de Trente et les Ordonnances des » Princes, n'ayant point encore imposé les loix qu'on » suit aujourd'hui. » (*Vie d'Abeillard*, par Dom GERVAISE, abbé de la Trappe, t. I, liv. 1.)

Jusqu'au Concile de Trente, l'Eglise admettait, pour vrai mariage, l'union conclue, en dehors de la présence du prêtre, par simple échange de consentements, *par paroles de présent*, suivant l'expression usitée de l'époque.

Cependant M. LEFEBVRE ne veut pas voir un contrat dans pareille union :

« Il se conçoit qu'on ait pu songer, au point de vue « de la forme, à rapprocher cet accord si simple et si » fruste, des contrats ordinaires. Mais il n'en était pas » moins le sacrement d'où le lien conjugal naissait in» dissoluble; les conjoints, même en ce mariage clan» destin si aisément formé, n'auraient pu rien concerter » qui modifiât le lien ni l'état de mariage. Car ici et » pour le fond des choses devait expirer toute pensée » de contrat » (65).

---

(64) BEAUNE, *op. cit.*, p. 487.

(65) CH. LEFEBVRE, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ?* (*Nouv. Rev. Histor.*, 1892, p. 308.) Comp. LAURENT, *op. cit.*, IV, pp. 366, 382.

L'Eglise ordonnait aux fidèles d'échanger le consentement en public, *in facie Ecclesiae*, et de faire bénir leur union par le prêtre ; mais cette prescription n'engendrait aucune nullité.

Toutefois, en droit canonique, pareille union n'acquérait, pour ainsi dire, sa perfection que lorsqu'elle avait été consommée par la *copula carnalis* ; jusque là elle était susceptible de dissolution dans quelques hypothèses extraordinaires.

30. Dans une dissertation célèbre, *De divortio Lotharii et Tetbergae*, Hincmar, archevêque de Reims, distingue, au IX[e] siècle, deux façons de contracter mariage, deux *genera conjugii*. La première, c'est la *desponsatio*, suivie de toutes les cérémonies usitées et prescrites, y compris la bénédiction nuptiale : c'est le mode dont se servaient les nobles et les personnages importants du royaume. La seconde, c'est le consentement échangé sans bénédiction nuptiale. L'idée persistait donc que la bénédiction n'était point, juridiquement, un élément nécessaire à la formation du mariage.

31. La conséquence naturelle de la facilité de contracter mariage était la multiplicité des mariages clandestins, lesquels, quoique défendus, étaient valables.

Les inconvénients en étaient nombreux. La clandestinité favorisait tous les scandales : le concubinage, la bigamie, le mépris de l'autorité paternelle ; elle provoquait les unions hâtives ou mal assorties, l'incertitude sur la légitimité de relations qui s'étaient pourtant établies à l'origine avec l'intention de contracter mariage. Les difficultés relatives aux formes et aux conditions du mariage ont ravivé les luttes entre les deux grands pouvoirs de l'époque.

L'ancienne législation française s'était proposé de

concilier les droits de l'Eglise et ceux du Souverain. Elle n'y est point parvenue (66).

Le pouvoir civil déplorait les désordres résultant du mépris de l'autorité paternelle, mais il n'osait appliquer le vrai remède, seul capable d'enrayer le mal : établir la distinction, — telle qu'elle existe de nos jours — entre le contrat qui est de son domaine et la solennité religieuse qui s'y rattachait, pour les séparer par une barrière infranchissable. A peine hasardait-il quelque palliatif timide.

(66) Voyez les regrettables conflits cités par DUVERGER, *Revue critique de législation et jurisprudence*, t. XXVIII, p. 343 et suiv.

III. Édit de Henri II, 1556.

32. Les abus étaient devenus si nombreux, si flagrants, que des plaintes générales se firent entendre. Des mesures de rigueur s'imposaient (67).

Un édit « sur les mariages clandestins » (68), rendu par Henri II, au mois de février 1556 et enregistré au Parlement le 1er mars de la même année, eût pour objet de contraindre les mineurs de solliciter, pour leurs mariages, l'assentiment de leurs père et mère, sous peine d'exhérédation, et, par suite, de révocation des avantages faits dans les conventions matrimoniales, sans préjudice d'autres pénalités arbitraires.

Ils n'ont « aucunement devant les yeux la crainte de » Dieu, l'honneur, révérence et obéissance qu'ils doi- » vent en tout et partout à leurs dits parents »; ils ne peuvent donc « implorer le bénéfice des lois et cou- » tumes, eux qui ont commis contre la loi de Dieu et » des hommes ».

Le souverain fixe à 30 ans pour les fils et à 25 ans pour les filles, l'âge où le consentement paternel cesserait d'être indispensable, mais il les oblige néanmoins à faire des actes respectueux et à solliciter ainsi l'avis et

---

(67) Le préambule de l'édit de 1556 commence ainsi : « Comme « sur la plainte à nous faite, des mariages que journellement « par une volonté charnelle, indiscrète et désordonnée se con- « tractaient en notre royaume par les enfants de famille au « desceu et contre le vouloir et consentement de leurs pères et « mères ».

(68) C'est ainsi que l'on qualifiait habituellement les unions contractées à l'insu ou contre le gré des parents (AYRAULT, *De la puissance paternelle*, p. 267).

le conseil de leurs parents, à partir de cette époque, sous les mêmes peines.

Dans le monde des canonistes et des légistes, cet édit devait avoir un long retentissement. C'était le premier acte législatif, le commencement de cette longue série d'efforts, destinés à séculariser l'union conjugale.

L'édit contenait une double innovation.

Il affirmait en premier lieu le droit de l'Etat de légiférer sur le mariage. Il établissait ensuite un empêchement inconnu dans la législation existante ou, pour mieux dire, il rétablissait un empêchement lentement tombé en désuétude, ainsi que nous l'avons vu plus haut (69).

Et voici la marque originale de ce nouveau conflit, qui devait durer plusieurs siècles, c'est le sincère et ardent désir des canonistes ultramontains et légistes gallicans d'arriver à une transaction, qui respecte à la fois, au moins en la forme, les prétentions de l'Eglise et les droits de l'Etat.

33. Nous allons assister à l'éclosion d'une théorie étrange, inexplicable, si l'on ne tient compte de la situation politique de l'époque, la théorie des mariages valables, quoique contractés dans des conditions contraires à l'ordre public. Erigés en délits, ils restent debout en tant que lien conjugal, mais ils ne produisent pas d'effets civils.

La décision s'applique en outre à tous les mariages à faire et à tous les mariages *déjà faits*, mais *non encore consommés*. Nouvelle anomalie donc, la loi a un effet rétroactif.

Quoique préparé de longue main par l'esprit public,

---

(69) Les pères de l'Eglise grecque et de l'Eglise latine, dans maints passages de leurs écrits, enseignent que le mariage des enfants sans le consentement des parents est une simple fornication (L. DUGUIT, *Etude historique sur le rapt de séduction*, *Nouv. Rev. histor. de droit*, t. X, 1886, p. 591 et les autorités citées).

il fallut une circonstance spéciale pour hâter la publication de l'édit. Le duc de Montmorency s'était lié par paroles de présent à une dame d'honneur de Catherine de Médicis, Jeanne de Hallivin, comtesse de Piennes, « fort » belle fille et de bonne maison », et ce, sans le consentement du connétable, son père. Celui-ci désirait le dégager pour le marier à Diane de France, veuve d'Horace Farnèse, fille naturelle de Henri II. Montmorency fut délégué auprès du pape, Paul IV, pour solliciter des dispenses, le relevant de son engagement. Cédant aux instances du duc de Guise, jaloux du nouveau crédit que la maison de Montmorency allait acquérir par cette union, le pape tardait à accorder cette dispense. Le connétable s'adressa alors à la chancellerie royale, sûr d'y trouver bon accueil; le garde des sceaux, Bertrand, alors en fonctions, était le protégé de sa famille. C'est dans ces conditions que la publication eut lieu; il y fut ajouté qu'attendu qu'il était fondé sur la loi de Dieu (*père et mère honoreras*), l'édit aurait effet rétroactif.

Le duc ayant déclaré en justice que la parole donnée à la demoiselle de Piennes n'était que conditionnelle, pourvu que son père y consentît, ce qu'il ne voulait point faire, le Parlement déclara cet engagement nul et non valable (70).

34. Nous venons de dire que l'édit avait été préparé de longue date par l'état des esprits. Nous pouvons ajouter avec un sentiment de fierté nationale que ce mouvement progressif était parti de nos provinces belgiques (71).

---

(70) P.-J. BRILLON, *Dict. des arrêts*, V° *Mariage*, t. IV, p. 274 (Paris, 1727).

(71) Sur l'emploi du mot, voir E. DEFACQZ, *Ancien droit belgique*, t. Ier, p. 1, note.

Déjà en 1535, le magistrat de la ville de Malines, se sentant probablement appuyé par la présence d'un grand corps de judicature — le Grand Conseil, — n'avait pas hésité à rendre une ordonnance qui fut revêtue de l'homologation de l'empereur Charles-Quint. Celui qui contracterait avec un mineur, sans le consentement de son tuteur ou de ses proches parents, un mariage pouvant léser ce mineur, serait, ainsi que les entremetteurs d'un pareil mariage, puni d'une peine abandonnée à la discrétion et à la sagesse des échevins (72).

Par une ordonnance du 4 octobre 1540, Charles-Quint avait pris, pour ses provinces des Pays-Bas, les mesures que Henri II ne tarda pas à adopter également dans l'espoir de mettre fin aux mêmes abus, lesquels paraissent avoir été communs à toute l'Europe.

35. Remarquons que, jusqu'à présent, l'édit se sert du mot *parents*, et que le consentement est limité aux père et mère.

La sommation respectueuse doit se faire, quel que soit l'âge des futurs époux, « parce que le respect dû » aux parents dure autant que leur vie », s'ils veulent se mettre à l'abri de l'exhérédation.

Voici les principaux articles de l'édit : « Statue et » ordonne :

» Que les enfants de famille ayant contracté et qui » contracteront ci-après mariages clandestins contre le » gré, vouloir et consentement et au desceu de leurs » pères et mères, puissent, pour telles irrévérence et » ingratitude, mépris et contemnement de leurs dits » pères et mères, transgression de la loi et commande- » ment de Dieu, et offenses contre le droit et l'honnê-

(72) *Coutumes de Malines*, ch. XIX, p. 30; Defacqz, *Ancien droit belgique*, t. I, p. 334. Voir également Friedberg, p. 70, 500.

» teté publique, inséparable d'avec l'utilité, être par » leurs dits pères et mères, et chacun d'eux, exhérédés » et exclus de leurs successions, sans espérance de pou- » voir quereller l'exhérédation qui aura été faite. » Puissent aussi les dits pères et mères pour les causes » que dessus, révoquer toutes et chacunes des donations » et avantages qu'ils auraient faits à leurs enfants. »

Aux termes de l'article 5, cette disposition ne s'applique pas aux mariages contractés par les fils âgés de plus de trente ans et les filles de plus de vingt-cinq ans, « pourveu qu'ils soient mis en devoir de requérir l'avis » et conseil de leurs dits pères et mères ».

Si la mère se remarie, l'enfant n'est pas tenu d'attendre son consentement. Il lui suffit de l'avoir requis, sans être obligé, sur son refus, de se pourvoir par requête pour être autorisé à passer outre.

Enfin « les dits enfants conjoints par la manière que » dessus, ceux qui auront traité tels mariages avec eux » et donné conseil et aide pour la consommation d'iceux, » soient sujets à telles peines que seront avisées, selon » l'exigence des cas, par nos juges, auxquels la connais- » sance en appartiendra, dont nous chargeons leurs hon- » neurs et consciences. Néanmoins pour ne perturber » les mariages qui sont en repos et ne donner occasion à » nos sujets d'entrer en grandes et grosses querelles et » différends, n'entendons en ce comprendre les mariages » qui auront été consommés auparavant la publication » de ces présentes par cohabitation charnelle » (73).

36. Nous nous touvons ici en présence d'une mesure générale un peu plus hardie. En enlevant au mariage des mineurs non autorisés une partie de ses effets civils, le souverain laisse entendre que l'inertie du pouvoir

(73) *Recueil général des anciennes lois françaises*, par Isambert, Decrusy et Armet, t. XIII, p. 469 (Paris, 1828).

temporel ne provenait pas de l'ignorance de ses droits sur l'un des éléments de l'union matrimoniale.

Il est vrai qu'en lisant le préambule de l'édit, on s'attend à une mesure énergique, coupant le mal dans ses racines, attaquant résolûment l'abus à sa source. Le remède ne consistait pas à punir le fait consommé, mais à en empêcher la consommation illégale, à déclarer *nul* l'engagement contracté sans l'autorisation requise.

Mais le pouvoir séculier n'a pas cette hardiesse, le trône et l'autel sont encore trop intimement liés. Placée au sein de l'organisation catholique, alliée et tout ensemble rivale de la papauté, la royauté avait revêtu de son côté un caractère sacerdotal. En France, elle avait eu en propre un sacrement, l'onction de Reims, une sorte d'ordination. De là découlait naturellement l'idée d'un droit divin, d'une mission sacrée.

Le mariage, conclu en violation des prescriptions royales, quoique considéré comme délit et puni en conséquence, reste néanmoins debout et comme sacrement et comme acte civil. Le prince se borne à punir les parties, après leur union qu'il laisse respectueusement subsister.

37. Quel fut, sur les esprits judicieux de l'époque, l'effet de cette règlementation du mariage?

L'historien De Thou la qualifie d'*edictum pium, honestum* (*Hist.* l. 19). M[e] Guillaume Mellier, docteur ès droits et avocat ès cour de Lyon, en fait un commentaire « en déclamation panégyrique » (Lyon 1558). Jean de Coras publie une « Paraphrase sur l'édit des ma» riages clandestins » (Paris 1579).

Enfin, Etienne Pasquier nous apprend que « chacun » s'en réjouit, comme beau et digne d'un roi ». Esprit éclairé, jurisconsulte de grand mérite, il aurait désiré voir attaquer le mal à sa source, en appliquant le seul

remède, en frappant de nullité radicale toute union conclue en opposition avec les prescriptions de l'édit.

« Mais seul, comme un autre Timon et misanthrope », continue-t-il, « je pleure, gémis et lamente, non que je » ne sois bien aise de l'autorité que l'on donne aux » pères dessus leurs enfans, mais parce que je suis » marri que l'on ne leur en octroie davantage, et... » j'aurais voulu, que l'on eust franchi le pas, et que » par une ordonnance faite du consentement de l'Eglise » gallicane, on eust déclaré *tous mariages des en-* » *fants nuls*, esquels il n'y aurait que les simples » paroles de présent sans l'autorité et consentement des » pères et mères. En cet endroit, j'ai pitié de notre » France, qui ne fut jamais lasse de réduire toutes » choses ecclésiastiques en une bonne et louable » discipline, et qu'en ce fait-ci elle n'y ait osé y mettre » la dernière main ». (PASQUIER, *Lettres*, liv. 3, lettre 1, t. II, 50.)

IV. — Concile de Trente, 1563.

38. Rome crut le moment venu de modifier ses principes sur le mariage. De l'avis général, il fallait former obstacle aux nombreux abus troublant la paix des familles et l'ordre social (74). Le pape voulait en même temps assurer la suprématie de l'Eglise, ébranlée par la Réforme et rétablir dans leur vérité les dogmes de la foi catholique contestés par les protestants, en les mettant au-dessus de toute discussion.

Le Concile de Trente fut donc la réponse officielle de l'Eglise à la Réforme. On en trouve la preuve dans le canon 10, déclarant anathèmes tous ceux qui placeraient l'état de mariage au-dessus de l'état de virginité ou de célibat (la doctrine de Luther) : « *Si quis dixerit*

---

(74) Lors de la discussion générale, il fut constaté que c'était le vœu du clergé français et espagnol, des rois et des princes. « *Hoc petunt reges et principes, et Ecclesia tam Gallicana quam* « *Hispana* ». (AUGUSTIN THEINER, *Acta genuina ss. œcumenici concilii Tridentini*, t. II, p. 351.)

Concile vient de *Concilium*. Les premiers chrétiens s'assemblaient en conseil, *in concilio*, et déjà, après l'année 150, ils eurent des conciles dans différentes provinces, aux sièges épiscopaux, par exemple, à Jérusalem, à Césarée, à Ephèse et à Lyon dans les Gaules.

Ce sont des assemblées ecclésiastiques de prélats et de docteurs, dans lesquelles sont jugées et décidées les contestations sur le dogme ; elles ont également pour but de réformer les mœurs, de les régler, de fixer et déterminer la discipline.

Ce que nous nommons *Concile*, les Grecs l'ont appelé *Synode* : ce mot a passé dans la langue latine et dans la langue française; mais il a conservé toute son étendue dans la première, au lieu qu'il n'est d'usage français que pour marquer l'assemblée d'un seul diocèse.

La doctrine générale, celle de la majorité, καθολικα, trai-

» *statum conjugalem anteponendum esse statui*
» *virginitatis vel cœlibatus, et non esse melius et*
» *beatius manere in virginitate vel cœlibatu quam*
» *jungi matrimonio : anathema sit* ».

39. Convoqué d'abord à Mantoue en 1536, puis reporté à Vicence, le Concile fut convoqué dans la ville de Trente par une bulle du pape Paul III du 22 mai 1542. Il s'ouvrit le 1er novembre 1842, et, après de longs travaux préparatoires, du 13 novembre 1545 au 3 mars 1548, il tint sept sessions générales où

---

tait les opinions individuelles, divergeantes, comme des folies, des aberrations d'esprit, αιρεσισ, *hérésies*. On fixait ainsi la doctrine, les *dogmes*, ainsi que la police de l'église, la *discipline*. Tout ce qui etait adopté devenait *règle*, κανον.

Les *Conciles généraux* ou *œcuméniques* se composent des prélats de toutes les parties du monde chrétien. Les princes chrétiens peuvent s'y trouver ou s'y faire représenter par leurs ambassadeurs ou envoyés; à raison du juste respect de leur dignité, pour étendre leur protection et leur bienveillance aux conciles et à leurs décisions, et pour les mettre en état de veiller à ce qu'on ne traite et qu'on ne fasse rien de contraire à leurs intérêts ni à ceux de leurs peuples.

Les *Conciles nationaux* se composent des évêques de toute une nation, tels les célèbres Conciles de Carthage, de Tolède.

Les *Conciles provinciaux* se forment par le concours des évêques d'une province écclésiastique assemblés avec leur métropolitain.

Les *Conciles diocésains* sont ceux où chaque évêque assemble le clergé de son diocèse, ils prennent plus ordinairement le nom de *Synode*.

Les décisions des conciles se divisent en deux catégories : les *Canones* et les *Decreta*. Les premiers statuent sur le dogme et la foi et se reconnaissent extérieurement à ce qu'ils sont assortis de l'anathème contre les dissidents; les seconds sont des règlements qui ne touchent qu'à la réforme et à la discipline, ils ne contiennent pas l'anathème, *plerisque duabus constant partibus, canonibus qui res fidei et anathemata continent et decreta de morum reformatione.* (Doujat, *Praenotiones canonicae*, t. I, p. 305.)

Les décrets sont ainsi appelés, à cause des termes dont on se sert : *Decrevit sancta synodus.*

furent prises un certain nombre de décisions, dont la plus importante était relative au nombre des sacrements, parmi lesquels, le mariage.

Pie IV, lança, en 1561, une nouvelle convocation. Sept sessions furent tenues, du 18 janvier au 5 décembre 1563, date de la clôture. Nous omettons de mentionner, à défaut d'intérêt, d'autres sessions tenues dans l'intervalle à Bologne et à Trente.

40. La question fondamentale à résoudre était celle de savoir si le mariage était ou non un sacrement. Comme nous l'avons déjà vu (nº 13), elle avait été tranchée dans la VIIe session. Le premier canon de la XXIVe session, 11 novembre 1563, affirma de nouveau, avec la sanction de l'anathème, que le mariage était un sacrement de la nouvelle loi, institué par le Christ et conférant la grâce : « *unum ex septem legis* » *evangelicae sacramentis a Christo, Domino insti-* » *tutum* (75) ».

C'est ce trait essentiel qui distingue le mariage dans la théorie canonique et dont découlaient les conséquences les plus importantes.

Or, les écoles protestantes lui refusaient ce caractère de sacrement. Leur doctrine réduisait les sacrements à deux, sinon à trois : le baptême, l'eucharistie et l'ordre (76).

41. En même temps le concile déduisait, en douze canons, les principales conséquences dérivant de ce

---

(75) Voir, sur ce point, la lettre des prélats irlandais, reproduite dans *Rep. of the Royal Commission on the Marriage Laws*, 1868, p. 30, appendix, et signée E. Walsh, James Walshe, Thomas Furlong.

(76) La réforme, écrit Starcke, renonça au point de vue exclusivement idéaliste, et replaça les instincts naturels dans leur droit, de sorte que ce ne furent que leurs excès qui devaient être atteints (*La famille dans les différentes sociétés*, p. 18).

principe, choisissant spécialement celles qui avaient été énergiquement contestées par les protestants et il les fit précéder d'une exposition et d'une démonstration doctrinale servant de préface. Il promulgua en outre un décret, divisé en dix chapitres.

Ses travaux se résument donc comme suit :

I. *Doctrina de Sacramento Matrimonii.*

II. *Canones de Sacramento Matrimonii.*

III. *Decretum de Reformatione Matrimonii.*

42. Une modification profonde fut la transformation en contrat solennel, du mariage, qui jusque-là avait été traité comme un contrat consensuel. C'était une révolution véritable.

43. *Proclamation des bans.* — Le IVe concile de Latran, tenu en 1215, sous Innocent III, étendit à toute la chrétienté et rendit obligatoire un usage établi depuis longtemps en France et consistant à proclamer à haute voix, dans les églises, les promesses de mariage. Cette proclamation était destinée à permettre à ceux qui connaîtraient quelque empêchement à un mariage projeté, de le dénoncer aux supérieurs ecclésiastiques (77).

Le pouvoir ecclésiastique avait cherché à organiser une publicité préalable, pour faire apparaître les empêchements. A cette fin, les fiancés devaient faire annoncer

(77) Les canons des conciles du XIIe au XVIe siècle prescrivent en grand nombre la célébration du mariage devant l'Eglise. Ce qui préoccupe surtout le IVe concile de Latran, c'est la possibilité d'unions défendues que préviennent la publication des bans et l'intervention du prêtre. Plusieurs conciles français ont rendu des canons sur la publicité des mariages. Mais ce ne sont que des *vœux*. Le clergé souhaite vivement que toutes les unions soient célébrées en face de l'Eglise ; il reconnaît cependant la validité des mariages contractés sans son intervention. (Sur cette intéressante question, voir une étude fort complète de M. BEAUCHET dans la *Nouvelle revue historique de droit français*, t. VI, p. 386.)

par le prêtre leur promesse de mariage. Ces *denunciationes* ou *banni*, spécialement en usage dans l'église gallicane, au commencement du XIII[e] siècle, furent généralisés et érigés en loi pour l'Eglise entière par le IV[e] concile de Latran. Mais cette pratique s'introduisit difficilement; la réglementation était incomplète, l'application, intermittente et incertaine.

Le concile avait négligé de déterminer le mode et le lieu de ces publications; la réglementation était en outre mal observée et prêtait souvent à controverses. Combien de publications étaient nécessaires : deux ou trois ou plus encore? Fallait-il les faire à l'église paroissiale seule, sinon dans toutes les églises de la ville où le mariage devait se contracter ?

Les prélats, assemblés à Trente, reprirent ce sujet et précisèrent. Il faut trois publications et elles doivent être faites à l'église paroissiale par le propre curé des parties, trois jours de fête consécutifs. Lorsque les futurs appartiennent à des paroisses différentes, il faut des publications dans les deux paroisses. Une dispense peut être accordée par l'évêque, s'il y a juste cause, telle, par exemple, la crainte d'une opposition injuste de la part des parents et des proches. De cette faculté laissée à la prudence et au sain jugement de l'évêque (*quod illius prudentiae et judicio sancta synodus relinquit*), on conclut que le défaut des publications n'entraîne pas nullité. Dès 1587, la Congrégation du concile adoptait cette interprétation (ESMEIN, t. II, p. 174).

Le concile exhorte en outre l'époux et l'épouse à ne point habiter ensemble la même maison, avant d'avoir reçu du prêtre la bénédiction nuptiale (78).

---

(78) *Praeterea eadem sancta synodus hortatur ut conjuges, ante benedictionem sacerdotalem in templo suscipiendam, in eadem domo non cohabitent.*

Il y ajoute enfin un dernier *conseil* (79), en engageant les futurs conjoints à se confesser et à recevoir la communion avant de contracter mariage, ou au moins trois jours avant la consommation du mariage (80).

44. *Célébration du mariage.* — L'union doit être conclue, à peine de nullité, en présence du curé (*parochus*), ou d'un autre prêtre qui aura obtenu la permission du curé ou de l'ordinaire (81), et de deux ou de trois témoins (82). Toutefois le vicaire, dûment institué dans une paroisse, est considéré comme commis de plein droit par le *parochus*. Quant à l'évêque, il est regardé comme le premier curé de toutes les églises de son diocèse.

Mais il ne suffit pas d'un *parochus* quelconque, c'est-à-dire d'un ecclésiastique préposé à une paroisse quelconque, il faut le *proprius parochus*. Si les conjoints appartiennent à des paroisses différentes, les deux curés sont également compétents pour la célébration du mariage. Chacun d'eux étant compétent par rapport à l'un des époux, l'est également par rapport à l'autre, parce qu'il s'agit ici d'un acte indivisible (ESMEIN, t. II, p. 177 et les autorités citées).

Les décisions de la Congrégation du concile, animées d'un esprit très large, ont décidé que la qualité de

---

(79) Tel est le sentiment du canoniste Sanchez qui n'y voit pas une règle impérative (ESMEIN, t. II, p. 176).

(80) *Postremo sancta synodus conjuges hortatur ut antequam contrahant, vel saltem triduo ante matrimonii consummationem sua peccata diligenter confiteantur et ad sanctissimum eucharistae sacramentum pie accedant.*

(81) C'est-à-dire l'évêque dans le diocèse duquel se trouve la paroisse des conjoints.

(82) Toute personne est capable de servir de témoin, les femmes, les mineurs, les non-catholiques; les témoins sont simplement instrumentaires.

paroissien, quant au mariage, s'acquiert par le seul fait de la simple résidence continuée pendant l'année ou durant la plus grande partie de l'année (SANCHEZ, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIV, nº 12).

Le prêtre doit interroger les fiancés pour s'assurer de leur consentement et prononcer certaines paroles constatant le mariage contracté. *Ubi parochus, viro et muliere interrogatis, et eorum mutuo consensu intellecto, vel dicat : Ego vos in matrimonium conjugo in nomine Patris et Filii et Spiritûs Sancti, vel aliis utatur verbis, juxta receptum unius cujusque provinciae ritum.*

Il résulte de ce texte que les paroles du prêtre ne sont pas sacramentelles, puisqu'elles peuvent varier, selon l'usage des différentes églises.

Le décret veut aussi que la bénédiction nuptiale soit donnée aux époux. Mais son importance juridique est nulle, au regard de la validité de l'union, à preuve qu'un intervalle de temps peut séparer la formation du mariage de la bénédiction nuptiale proprement dite.

Nous pouvons donc en déduire que la doctrine traditionnelle, d'après laquelle les contractants eux-mêmes, et non le prêtre, sont les ministres du sacrement, a été complètement maintenue. C'est ce qui a été exprimé du reste par la Congrégation du concile dans les termes suivants : « *Quod parochus in matrimonium nullam* » *exerceat jurisdictionem, cum ex veriori et recep-* » *tiori sententia non sit minister hujus sacramenti* » (ESMEIN, t. II, p. 182). Il n'est pas nécessaire que le prêtre joue un rôle actif dans l'acte de célébration ; sa présence ainsi que celle de deux témoins sont nécessaires pour la validité du mariage. Il suffit qu'il soit spectateur ou plutôt il est lui-même un témoin, *testis spectabilis*.

Il importe peu de quelle façon les contractants se

procurent la présence du curé. Qu'ils le prennent par surprise, accompagnés de leurs témoins, écrit M. Esmein (p. 183), qu'ils l'amènent chez eux par dol en simulant qu'il va être procédé à un autre acte : le mariage est toujours valable, pourvu qu'ils aient prononcé devant le *parochus* les paroles du consentement et que celui-ci ait pu les entendre (83). Nous voyons reparaître ici l'esprit traditionnel de l'Eglise, qui favorise, autant que possible, la conclusion des mariages.

45. Ce ne fut qu'après de longs débats que l'on était parvenu à réunir une majorité condamnant les mariages clandestins. Cinquante-six prélats répondirent par *non placet*. L'évêque d'Ypres, Martin Rythove se fit remarquer par la fermeté de son opposition. Il obéissait à cette tendance puissante qui poussait le clergé à mettre le mariage à la facile portée de tous, comme un secours contre l'incontinence, presque comme un piège salutaire (84).

46. Quant aux unions, contractées sans le consentement des parents, malgré les sollicitations pressantes que fit faire Charles IX par le cardinal de Lorraine (85),

---

(83) La Congrégation du Concile a reconnu parfois comme valides les mariages contractés de la façon la plus romanesque et la plus bizarre.

(84) **Martin Rythove**, ancien professeur au collège de Dillingen, puis doyen de l'église Saint-Pierre, à Louvain, fut créé évêque d'Ypres, lors de l'augmentation du nombre des évêques. Il fut chargé par le duc d'Albe d'assister, dans leurs derniers moments, les comtes d'Egmont et de Hornes. L'historien **Prescott** décrit avec émotion la courageuse mais vaine intervention de l'évêque, *an excellent man*. (*History of the reign of Philip the second*, t. II, pp. 131-146.)

Il mourut à Saint-Omer, le 9 octobre 1583, de la peste, suppose-t-on.

(85) C'était le frère du duc de Guise ; Henri III résolut également sa perte, il le fit exécuter en prison.

la majorité de l'assemblée refusa de les frapper de nullité; elle se borna à les déclarer *illicites*, contraires à la discipline de l'Eglise, et à les désapprouver.

Il n'est pas sans intérêt de suivre les discussions et de mentionner les divers amendements présentés (86).

47. *Forme, notamment nombre de témoins.*— Tout d'abord, on maintint provisoirement la validité des mariages clandestins et on réserva la question de savoir si l'Eglise avait la faculté de les annuler.

Le 24 juillet, au soir, de l'année 1563, les délégués français, à la clôture de la 23e session, communiquèrent au concile une pétition de leur roi, réclamant la nullité des mariages clandestins, dans le sens général du mot, soit que l'union eût été contractée sans cérémonie religieuse, soit qu'elle ait eu lieu contre le gré des parents ou à leur insu; dans ce dernier cas, tout au moins, une limite d'âge s'imposait pour la validité du mariage (87).

Voici le texte de la première partie de leur demande :

---

(86) FRIEDBERG (pp. 113-123), adoptant l'ordre suivi par PALLAVICINI (*lib.* 22, c. 4) donne un résumé des opinions émises au concile par les prélats les plus importants : les évêques d'Ypres et d'Orvieto; le père Lainez, général des jésuites; Jean Trevigniani, patriarche de Venise; les évêques de Rossano, d'Almeria, de Modena, Constantin Bonnelli, l'évêque de Ségovie; l'archevêque de Grenade; le patriarche de Jérusalem; les cardinaux Clément Dolera et Morona, enfin le cardinal de Lorraine.

Sur l'examen approfondi des discussions du concile et sur le concile lui-même, voir les ouvrages de FRA PAOLO SARPI, PALLAVICINI et RAYNALDUS mentionnés plus loin. Comme auteurs modernes : FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschliessung* (pp. 107-127); ESMEIN, *Le mariage en droit canonique* (t. II, pp. 137-207) et surtout THEINER, *Acta genuina ss. œcumenici concilii Tridentini, Zagrabia* (*in Croatia*), 1874.

(87) PAOLO SARPI, *Histoire du Concile de Trente* (trad. AMELOT DE LA HOUSSAIE), Amsterdam, 1686, p. 730-758; PALLAVICINI, *Hist. Concilii Tridentini* (*Antwerpae*, 1673), lib. 22, c. 1; RAYNALDUS, *Annal. Eccl.*, *ad annum*, 1563, nº 137.

« *Hoc etiam petit christianissimus rex ut antiquissima nuptiarum solemnia hoc tempore restituantur, palamque et publice in ecclesia matrimonia celebrentur; quodsi aliquando propter magnam causam aliter posse fieri videatur, non prius tamen legitima esse censeantur, quam si huic sacro mysterio praefuerit parochus vel presbyter, tresque ant plures testes præsentes* ».

Ils formulèrent également en décret, la nécessité du consentement paternel.

Le texte primitif du décret était conçu comme suit :

« *Sacrosancta Dei ecclesia, Spiritu sancto afflata animadvertens magna incommoda et gravia peccata, quæ ex clandestinis coniugiis ortum abent, præsertim vero eorum, qui in statu damnationis permanent, dum sæpe priore uxore cum qua clam contraxerunt, relicta, cum alia palam contrahunt, et cum ea in perpetuo adulterio vivunt, aliis gravissimis pœnis ea prohibuit eademque tamen irrita non fecit. Sed haec sacrosancta synodus, cum animadvertat, remedium illud propter hominum inobedientiam hoc usque parum profuisse, decernit, ut in posterum matrimonia illa, quae clam contrahunter absque tribus testibus, irrita sint, quem admodum praesenti decreto irrita facit, remanentibus tamen in suo robore aliis legibus, contra matrimonia promulgatis.* »

Premier amendement. — Consista à ne pas frapper de nullité les mariages clandestins, mais à rendre les contractants *inhabiles* à célébrer ensuite un mariage religieux :

« *Praecipit sancta Synodus, ut sanctae personae, quae in posterum audebunt contrahere matrimonium aut sponsalia absque praesentia saltem trium*

testium sint inhabiles ad ejusmodi matrimonia aut sponsalia contrahenda : adeoque cuncta ab ipsis gesta ad matrimonium aut ad sponsalia contrahenda irrita sint, sicuti praesenti Decreto irrita redduntur ».

Deuxième amendement. — Le 7 septembre suivant, probablement sur les instances de Jérôme Trivisani, patriarche de Venise et de Martin Rythove, évêque d'Ypres, on renonça à la présence obligatoire d'un troisième témoin et aux difficultés concernant le caractère exclusif de la preuve testimoniale. La décision relative aux mariages clandestins fut même l'objet d'une modification :

« *Nisi tamen episcopus opportunum conseret, matrimonium publice contractum coram ecclesia cum aliquo impedimento, quod sine scandalo detegi non posset, iterandum postea, eodem impedimento sublato, sine testibus. Declarat praeterea synodus, matrimonium aut sponsalia contracta coram tribus testibus probari posse per duos illorum, aut per aliam legitimam probationem* ».

Ainsi le mariage célébré devant trois témoins pourrait être établi par deux de ces témoins ou par toute autre voie de droit. On y ajouta que le décret n'aurait de vigueur que dans la paroisse où il aurait été publié.

La condition relative à la publication du décret fut insérée sur les observations du père Lainez, général des Jésuites. Celui-ci avait fait remarquer que les décisions du concile formeraient à l'avenir une barrière infranchissable entre catholiques et protestants, mais la condition obvierait à cet obstacle. Les protestants pourraient continuer à observer l'ancienne forme, puisque, à défaut de réception du décret, ils pourraient soutenir

à bon droit que les nouvelles formalités n'étaient pas parvenues à leur connaissance et qu'ils avaient continué à les ignorer (88).

Troisième amendement.— Enfin, le 26 octobre, fut présenté un dernier amendement sur les termes duquel on parvint à se mettre d'accord. La présence de deux témoins fut déclarée suffisante, le curé et son délégué étant aux lieu et place du troisième.

« *Ad efficaciam matrimonii necesse est ut absint duo saltem testes et parochus aut alius sacerdos, qui assistat, accepta sive ab illo sive ab ordinario ad id facultate* ».

48. *Discussions sur la capacité, notamment le consentement des parents.* — La deuxième partie de la demande, formulée le 24 juillet par les délégués français, était conçue comme suit :

« *Filiorum autem et filiarum familias matrimonia sive parentum consensu nullo modo justa et legitima sint, nisi placeat Synodo, quorumdam patrum morositati et nimiae in collocandis liberis negligentiae occurrendo, tempus aliquod praescribere, quo transacto, liberum sit filiis et filiabus sine patris consensu matrimonia contrahere* ».

La discussion prit d'abord une tournure favorable. Cette deuxième partie semblait, comme la première, répondre également au vœu général des peuples et des princes. L'Eglise n'avait-elle pas suivi anciennement cette doctrine pendant plusieurs siècles ? Personne ne l'ignorait (89). Mais ce qui était également présent à

(88) Friedberg, p. 112.

(89) Pierre Lombard qui occupait, vers 1150, une chaire de théologie à l'université de Paris, paraît reconnaître déjà à cette époque la validité du mariage contracté sans l'assentiment du père de famille. Cette doctrine inspire, au commencement du XIII[e] siècle, une décision d'Innocent III.

tous les esprits, c'est que, dans la suite, pendant des siècles, pareil mariage avait été considéré comme un sacrement. Dès lors, comment annuler pour l'avenir ces mariages? N'est-ce pas proposer d'annuler un sacrement?

Espérant probablement favoriser ainsi l'adoption du projet, ses partisans y apportèrent certaines modifications. Quelques-uns désiraient que les fils ne pussent contracter mariage sans le consentement des parents avant vingt ans, les filles avant dix-huit ans, sous peine de nullité.

Le cardinal de Lorraine proposa de changer les mots *consensum parentum* en *consensum patrum*.

Une discussion intéressante eut lieu sur cette matière au concile entre Camille Campège et Antoine Solisio. Les hésitations furent grandes. Ce qui l'emporta, ce fut l'observation faite que si les mariages des enfants de famille, contractés sans le consentement de leurs parents, étaient déclarés nuls, il en serait résulté un triomphe pour les calvinistes qui les déclaraient nuls de droit naturel et de droit divin. Ceux-ci ne manqueraient pas d'affirmer que leur opinion avait été admise et avait prévalu.

L'opposition triompha. Le projet de décret fut complètement abandonné. On se contenta de dire dans le préambule du *decretum de reformatione matrim.*, que l'Eglise avait toujours détesté et prohibé semblables mariages, *semper detestata est atque prohibuit*.

Durand, le commentateur de Lombard, nie que le mariage soit un sacrement véritable : « *Matrimonium non est sacramentum stricte et proprie dictum sicut alia sacramenta novae legis... sed largo modo sacramentum.* » (*Comment. in sententiis Lomb.*, lib. IV, dist. 26, *quaestio* 3), et Pierre Lombard lui-même dit que les autres sacrements « *remedium contra peccatum praebent et gratiam adjutricem conferant* », tandis qu'il refuse de reconnaître le mariage comme un sacrement (*Sentent.*, lib. IV, dist. 2).

49. Au témoignage de PAOLO SARPI (90), la rédaction du célèbre décret est due à la plume de FRANÇOIS BEAUCAIRE DE PEGUILLON, évêque de Metz (91).

« Je ne saurais frustrer », écrit le savant moine.
» FRANÇOIS BEAUCAIRE de la gloire qui lui est due, car
» ce fut lui qui, voyant l'impossibilité de concilier des
» sentiments si différents, donna à ce décret sa forme
» actuelle, laquelle vraiment comporte divers sens,
» mais qui aussi s'accomode admirablement à la diver-
» sité des opinions. Quand ce décret fut proposé, il fut
» approuvé par cent trente-trois pères et rejeté par
» cinquante-six, lesquels répondirent par un *non placet*
» absolu » (92).

« *Tametsi dubitandum non est clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit; et proinde jure damnandi sunt illi, ut eos sancta Synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant; quique falsò affirmant, matrimonia a filiis-familias sine consensu parentum contracta, irrita esse, et parentis ea rata vel irrita facere posse; nihilominus sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit. Verum cum sancta Synodus animadvertat prohibitiones illas propter hominium inobedientiam jam non prodesse; et gravia peccata perpen-*

---

(90) SARPI, *op. citat.*, p. 730. Sur ce moine vénitien, voir JANET, *Histoire de la science politique*, t. I, p. 564 (3e édit.).

(91) Ce prélat, né dans le Bourbonnais en 1514, mort en 1591, fut le protégé du cardinal de Lorraine et l'accompagna au Concile de Trente, où il se fit remarquer par la liberté de ses opinions gallicanes. Il a composé : *Rerum gallicarum commentaria ab anno* 1461 *ad annum* 1580, publiés après sa mort à Lyon, 1625.

(92) SARPI, *op. citat.*, p. 730.

dat, quae ex eisdem clandestinis conjugiis ortum habent; praeserti vero eorum qui in statu damnationis permanent, dum, priore uxore, cum qua clam contraxerant, relicta, cum alia palam contrahunt, et cum ea in perpetuo adulterio vivunt. Cui malo cum ab Ecclesia, quae de occultis non judicat, succurri non possit, nisi efficacius aliquod remedium adhibeatur; idcirco sacri Lateranensis Concilii sub Innocentio III celebrati, vestigiis inhaerendo praecipit, ut in posterum, antequam matrimonium contrahatur, ter a proprio contrahentium parocho, tribus continuis diebus festivis in ecclesia inter missarum solemnia publice denuncietur, inter quos matrimonium sit contrahendum; quibus denunciationibus factis, si nullum legitimum opponatur impedimentum, ad celebrationem matrimonii in facie ecclesiae procedatur; ubi parochus, viro et muliere interrogatis, et eorum mutu consensu intellecto, vel dicat : Ego vos in matrimonium conjugo, in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti, vel aliis utatur verbis juxta receptum unius cujusque provinciae ritum • (93).

---

(93) Bien qu'il soit certain que les mariages clandestins sont de vrais mariages, tant que l'Église ne les a pas annulés; et que le Concile condamne ceux qui ne les tiennent pas pour bons et valables; et pareillement ceux qui disent que les mariages contractés par les enfants de famille, sans le consentement de leurs parents, sont nuls; et que les pères et mères les peuvent rendre bons ou nuls; néanmoins, l'Église les a toujours eus en horreur et toujours défendus; mais que le Concile, voyant que ces défenses ne servent de rien,... (ordonne) que les mariages, avant d'être contractés, soient publiés dans l'Église par trois jours de fête consécutifs, et, s'il n'y a point d'opposition légitime, soient célébrés en face d'Église, où le curé, après avoir pris le consentement de l'homme et de la femme, leur dira : *Je vous joins ensemble en mariage, au nom du Père, du Fils et du Saint-Esprit*, ou telles autres paroles, selon l'usage de chaque pays.

50. Néanmoins, en dépit des prescriptions du Concile, les parlements continuèrent à appliquer les principes de l'ancienne jurisprudence. Un arrêt du 4 février 1576 valide un mariage contracté par *paroles de présent*, sans bénédiction religieuse (THEVENAUD, *Commentaire sur les Ordonnances*).

Dans son *Conseil sur le fait du Concile de Trente*, CHARLES DUMOULIN avait soutenu que le Concile était nul; que, par conséquent, tous ses décrets sont en France sans valeur.

51. Le Concile de Trente fit donc du mariage un contrat solennel. Ainsi, en exigeant la participation du prêtre à la célébration du mariage, on l'introduisait dans l'acte de la vie civile, qui forme la base de la famille et de la société.

Alors se dressa pour la première fois ce problème redoutable, qui n'a cessé depuis cette époque de diviser le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel : le mariage n'est-il qu'un sacrement, hors duquel il n'existe qu'un pur concubinat, ou est-ce un contrat essentiellement civil, réglé par conséquent, quant aux formes et conditions, par la législation de chaque pays?

Quelques princes de l'époque, notamment le roi de France, comprirent le danger, et les décrets furent repoussés comme attentatoires à la liberté et à l'indépendance de l'Etat.

V. — Ordonnance de Blois de Henri III, 1579.

52. Malgré les efforts de la cour de Rome, les décrets du Concile ne furent ni reçus, ni publiés en France. La disposition relative à la célébration du mariage était précisément une entreprise sur les prérogatives du souverain, qui seul a le droit d'annuler les contrats passés par ses sujets.

Cependant, les plaintes sur les mariages clandestins continuaient à se faire entendre, les abus n'avaient pas été extirpés par les mesures prises antérieurement. Après voir repoussé les décisions du pouvoir ecclésiastique, le souverain songea à remédier lui-même aux scandales résultant de l'absence d'une règlementation complète sur l'union conjugale. Cette tâche fut dévolue à son frère et successeur.

53. En novembre 1576, les Etats assemblés à Blois— de là le nom donné à l'ordonnance — élevèrent de nouvelles réclamations, auxquelles Henri III répondit par l'Ordonnance (datée de Paris), de novembre 1579, *sur les plaintes et doléances des Etats généraux relativement à la police générale du royaume* (94).

---

(94) I. Les lois de la première race ont reçu le titre de *Constitutions* des Mérovingiens; celles de la deuxième race, *Capitulaires* des Carolovingiens; celles de la troisième race (première branche), *Etablissements* des Capétiens; celles de la deuxième branche, *Lettres* ou *Ordonnances* des Valois; celles de la troisième branche, *Edits* et *Déclarations* des Bourbons.

Le mot *Capitulaire* vient du mot *Capita*, *Capitula*, petits chapitres, articles. Ce sont les princes de la maison de Pépin qui se sont les premiers servis de ce mot, avant même leur avènement à la couronne.

Le mot *Etablissement* vient de *Stabilimentum* ou *Statutum*,

54. Remarquons immédiatement que cette célèbre ordonnance ne donna pas du tout force exécutoire aux décrets du Concile de Trente. La preuve en est que les prescriptions royales sont plus rigoureuses que celles du droit canonique ; elles exigent la présence de quatre témoins, tandis que le concile se contente de deux ou trois. De nombreuses décisions ayant été prises à Trente, en dépit de l'opposition des envoyés plénipotentiaires français — le cardinal de Lorraine et l'évêque de Metz — le roi de France ne se prêta pas à la réception des décrets en son royaume. Son successeur réglementa lui-même les formes et conditions du mariage et ce, conformément à ses vues et à celles de ses conseillers.

C'est ainsi que Henri III introduisit des dispositions nouvelles dans le droit matrimonial, en vertu du pouvoir qu'il possédait incontestablement de régler tout ce qui appartient au bon ordre de la société civile (95).

---

donné par les Capétiens aux transactions solennelles qu'ils faisaient avec leurs grands vasseaux ou les souverains étrangers.

Le mot *Charte*, qui désigne de nos jours la loi fondamentale de l'Etat, ne s'entendait, sous les Mérovingiens, que des actes des particuliers. Les princes de la première dynastie, n'étant pas seuls législateurs, se servaient du mot *Pacte*, *Code* ou *Loi*, pour les actes généraux, délibérés dans les assemblées nationales ; leurs ordres particuliers, les actes relatifs à leurs domaines ou à leurs personnes, portaient le titre de *Diplômes*.

II. Le plus souvent le mot *ordonnance* s'appliquait à une loi étendue, traitant de matières diverses ; l'*édit* réglementait généralement une institution ou des droits spéciaux ; la *déclaration* visait une loi antérieure ; les *lettres patentes* étaient réservées aux cas particuliers, à des espèces. Néanmoins, ces distinctions et cette terminologie n'étaient pas rigoureusement observées ; au surplus, elles n'avaient aucune importance juridique. Pour de plus amples détails, voir Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, p. 731.

(95) L. Beauchet, *Etude historique sur les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français* (*Nouvelle Revue historique de droit français*, t. VI, 1882, pp. 633-635).

55. Disons également que l'article 40 fait du mariage un contrat solennel :

« Pour obvier aux abus et inconvénients qui adviennent des mariages clandestins, nous avons ordonné et ordonnons que nos sujets, de quelque état, qualité et condition qu'ils soient, *ne pourront valablement contracter mariage*, sans proclamations précédentes de bans faites par trois divers jours des festes, avec intervalle compétent, dont on ne pourra obtenir dispense, sinon après la première proclamation faite..., après lesquels bans *seront épousées publiquement* et pour pouvoir témoigner de la forme qui aura été observée esdits mariages, y assisteront *quatre* personnes dignes de foy, pour le moins, dont sera fait registre, le tout sur les peines portées par les conciles. »

56. Il est enjoint en outre « aux curés, vicaires ou autres de s'enquérir soigneusement de la qualité de ceux qui voudront se marier ; et s'ils sont enfans de famille, ou estant en la puissance d'autrui, nous leur défendons étroitement de passer outre à la célébration des dits mariages, s'il ne leur apparaît du consentement des pères et mères, tuteurs ou curateurs, sous peine d'estre punis comme fauteurs du crime de rapt.

» Art. 41. Nous voulons que les ordonnances ci-devant faites contre les enfants contractans mariage sans le consentement de leurs pères, mères, tuteurs et curateurs soient gardées ; mêmement celle qui permet en ce cas les exhérédations. »

L'article 43 fait défense à tous tuteurs de consentir au mariage, sinon avec l'avis et consentement des plus proches parents des futurs, sous « peine de punition » exemplaire ».

Et l'article 12 punit de *mort*, « sans espérance de grâce » et de pardon, ceux qui se trouveront avoir suborné » fils ou fille mineure de vingt-cinq ans, sous prétexte » de mariage ou autre couleur, sans le gré, sçu, vou- » loir ou consentement exprès des pères, mères et des » tuteurs ».

57. Constatons ici que la prohibition est étendue aux tuteurs et curateurs qui doivent, en outre, prendre l'avis des plus proches parents. Il y a cependant cette diffé- rence que si les pères et mères peuvent punir les époux par l'exhérédation, les tuteurs et curateurs ne le peu- vent point.

La condition de la bénédiction nuptiale n'apparaît qu'incidemment. Ce que le roi se propose avant tout, ce n'est pas d'imposer aux parties la cérémonie reli- gieuse, c'est d'établir la publicité de la célébration et, pour cela, il recourt à la seule autorité de l'époque qui soit généralement et assez régulièrement constituée, le clergé; il ne voit dans le curé qu'un officier de l'état civil, il lui adjoint en plus quatre témoins.

58. La jurisprudence, qui s'établit sur l'article 40, décide d'abord que le défaut de proclamations des bans entraînait la nullité du mariage. Cela fut jugé par un arrêt du parlement de Paris de l'année 1584, et à la suite, par beaucoup d'autres. C'était l'opinion com- mune, à la fin du XVI[e] siècle et au commencement du XVII[e]. Cette jurisprudence se trouvait en opposition formelle avec la doctrine canonique (voir n° 43) (96).

59. Une forme fréquente était le mariage devant notaire; deux personnes, sur le refus de l'évêque ou du

---

(96) ESMEIN, *op. citat.*, t. II, p. 174. Comme autorités, le savant professeur indique les *Mémoires du clergé de France*, t. V, col. 1117 et suiv.

curé de leur conférer le mariage, déclaraient devant notaire qu'elles se prenaient pour mari et femme.

Antérieurement, le doyen et le chapitre de Paris avaient en vain protesté et demandé qu'on défendit aux notaires de recevoir ces mariages (97). L'article 44 ajoutait qu'il était à l'avenir interdit aux notaires, sous peine de punition corporelle, de passer en union aucune promesse de mariage par paroles de présent. Ils pouvaient néanmoins recevoir les déclarations de simples fiançailles.

Toutefois, le souverain ne se décide pas davantage à prononcer la nullité, il s'en rapporte aux décisions des conciles.

60. L'ordonnance de Blois règle définitivement tout ce qui a trait aux actes de l'état civil ; il en prescrit la tenue par les curés « pour éviter les preuves par témoins » que l'on est souvent contraint faire en justice. » C'est l'objet de l'article 181 (98).

Cet usage de relater sur des registres tout ce qui se passait à l'église remonte au IXe siècle. Le célèbre Hincmar, dans un concile qu'il présida à Soissons, en parle comme d'une coutume constante et qui ne peut souffrir d'exception. C'est cette coutume qui contribua beaucoup à étendre l'influence des clercs. A cette époque d'ignorance générale, où les mariages, se faisant à la porte des églises, étaient seulement conservés dans la mémoire des témoins, il était facile de contracter des unions illicites, au mépris d'alliances méconnues ou oubliées. Lorsque le concile de Beaugency voulut, en 1152, dissoudre le mariage de Louis le jeune avec Eléo-

---

(97) Glasson, *op. cit.*, t. VII, p. 155.

(98) Sur l'emploi de la preuve testimoniale en matière de mariage : Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 205.

nore d'Aquitaine pour cause de parenté, il fallut, pour constater cette parenté, recourir au témoignage des parents du roi. Les registres tenus par les clercs rendirent moins faciles semblables unions et servirent seuls à constater l'état des personnes.

François Ier sanctionna cet usage par son ordonnance « sur le fait de la justice » d'août 1539, articles 50, 51 et 52 (99).

(99) « Que des sépultures des personnes tenans bénéfices sera « faict registre en forme de preuve, par les chapitres, collèges, « monastères et cures, qui fera foi, et pour la preuve du temps « de la mort, duquel temps sera fait expresse mention esdicts « registres, et pour servir au jugement des procès où il serait « question de prouver le dit temps de la mort, au moins, quant « à la récréance (art. 50).

« Aussi sera fait registres, en forme de preuve, des baptêmes, « qui contiendront le temps et l'heure de la nativité, et par l'ex- « traict dudict registre, se pourra prouver le temps de majorité « ou minorité et sera pleine foy à ceste fin » (art. 51).

« Et afin qu'il n'y ait faute auxdits registres, il est ordonné « qu'ils seront signés d'un notaire, avec celui desdits chapitres « et couvents, et avec le curé ou vicaire général respectivement, « et chacun en son regard, qui seront tenus de faire, sur peine « des dommages et intérêts des parties, et de grosses amendes « envers nous » (art. 52).

VI. — Edit de Melun, 1580.

61. Quelques mois plus tard, en février 1580, intervint un nouvel édit « sur les plaintes et remontrances du » clergé assemblé à Melun, touchant les conciles pro» vinciaux, les appels comme d'abus, les privilèges, » ecclésiastiques, etc., (100) ».

Dans l'article 25, le roi Henri III, tout en recommandant à ses juges la circonspection et la prudence, en matière matrimoniale, confirme néanmoins, en termes formels, les dispositions de l'ordonnance de Blois :

« Nous défendons à nos juges, qu'ès causes de ma» riages pendant par devant les dits ecclésiastiques, » de faire défense de passer outre au jugement d'icelles, » sous prétexte de rapt, sans grande ou apparente » raison, dont nous chargeons leur conscience et hon» neur. Et néanmoins seront tenus les délateurs ou parties » instigantes, faire instruire et mettre en état de juger » la dite instance de rapt dans un an : autrement et » à faute de ce faire, sera passé outre au jugement des » dits mariages par les dits juges ecclésiastiques.

» Voulons néanmoins l'article 40 du dit édit des » Etats à Blois, portant défenses aux curés et vicaires » d'épouser aucuns enfants de famille ou ceux qui sont » en puissance d'autrui, s'il ne leur appert du consente» ment des pères, mères, tuteurs ou curateurs, être » inviolablement gardé sur les peines contenues en » icelui édit ».

---

(100) ISAMBERT, *Rec. génér. des anciennes lois françaises*, t. XIV, pp. 564 et suivantes.

VII. — Edit de Henri IV, 1606.

62. Cet édit (enreg. au parlement le dernier février 1608) vint confirmer l'ordonnance de Blois et l'édit de Melun de 1580. Le clergé s'était ému de la fréquente intervention du parlement, en matière matrimoniale, et, dans son assemblée tenue à Paris en 1605, il présenta ses doléances au roi.

« Nous voulons », dit l'article 12, « que les causes » concernans les mariages soient et appartiennent à la » connaissance et juridiction des juges d'églises, à la » charge qu'ils seront tenus garder les ordonnances, » même celle de Blois en l'article 40 et, suivant icelles, » déclarer les mariages qui n'auront esté faits et célé- » bres en l'église et avec la forme et solennité requise » par le dit article, nuls et non valablement con- » tractés comme étant cette peine indicte par les con- » ciles. Et afin que les évêques chacun en leur diocèse, » et les curés en leurs paroisses en soient avertis, » et qu'ils ne faillent ci-après contre la dite ordonnance, » elle sera renouvelée et publiée derechef, à ce que les » dits évêques et leurs officiaux ayent d'oresnavant à » juger conformément à icelles ».

63. Le souverain enjoint toutefois aux « juges d'églises » d'observer les ordonnances.

Que peut-on en conclure? Que, dès cette époque au moins, il y avait tendance à distinguer deux lois et deux juridictions en matière de droit matrimonial. La nécessité de cette distinction dut se faire sentir surtout depuis l'édit de Nantes, les protestants ayant droit à un

état civil indépendant de l'Eglise catholique. Mais la confusion des deux juridictions — le *legale judicium* et le *judicium ecclesiasticum* — est encore très sensible; elle ne disparaîtra complètement que lors du grand bouleversement politique.

VIII. — Ordonnance de Louis XIII, 1629.

64. Les mariages clandestins devinrent moins fréquents, mais ne disparurent pas. La forme de l'union par le seul échange des consentements, *per verba de praesenti*, tomba en désuétude : en cas de difficultés, on se rendait devant un prêtre de complaisance qui, sans être le *proprius parochus* des contractants, consentait cependant à unir ces derniers et cela était d'autant plus facile qu'un grand nombre de curés, en vertu d'anciens privilèges, avaient le droit de marier les personnes étrangères à leur paroisse. Il y avait surtout les frères de l'Ordre de SAINT-JEAN de Jérusalem, qui, au mépris des défenses de l'Eglise, bénissaient toutes sortes de mariages, sans mandat, ni dispenses.

Aussi nous trouvons-nous ici en présence d'une mesure plus énergique, inspirée probablement par le cardinal de Richelieu.

L'ordonnance de Louis XIII de janvier 1629, appelée également le code Michaud, « sur les plaintes des » Etats assemblés à Paris en 1614 et de l'assemblée des » notables réunis à Rouen et à Paris en 1617 et 1626», emploie des termes généraux au sujet de l'observation de l'ordonnance de Blois, laquelle « sera exactement » observée; et y ajoutant voulons que tous mariages » contractés contre la teneur de la dite ordonnance » *soient déclarés non valablement contractés* (101) ».

---

(101) Voici le texte complet des deux articles concernant le mariage :
« N° 39. — L'ordonnance de Blois, touchant les mariages « clandestins, sera exactement observée; et y ajoutant, voulons

Le vrai, le seul moyen de mettre fin aux abus venait d'être appliqué. Aussi le clergé ne tarde-t-il pas à s'émouvoir. Le souverain portait non seulement atteinte à la juridiction ecclésiastique, mais encore à la sainteté du mariage lui-même, résultant du sacrement. Déclarer non valablement contractée, l'union célébrée sans le consentement des parents, n'est-ce pas se mettre en opposition formelle avec les règles canoniques adoptées par le concile de Trente?

Une députation fut envoyée à Louis XIII pour le « très humblement supplier de considérer l'importance de cet article (l'art. 39), et qu'il semble devoir être expliqué pour deux difficultés qui s'y rencontrent. La première, quand on expliquera le mot de — valablement ou non valablement contracté — inséré en l'article de l'ordonnance de Blois, relatif au contrat civil du mariage et non au contrat spirituel du sacrement. La seconde, quand on n'obligera pas les juges ecclésiastiques à juger les mariages conformément aux ordonnances et à cet article; mais conformément aux saints décrets et constitutions de l'église, la seule règle de leurs juge-

---

« que tous mariages contractez contre la teneur de la dite « ordonnance soient déclarez non valablement contractez, « faisant défenses à tous curez ou prêtres séculiers ou réguliers, « sur peine d'amende arbitraire, célébrer aucun mariage de « personnes qui ne seront de leurs paroissiens, sans la permis- « sion de leurs curez ou de l'évêque diocésain, nonobstant tous « privilèges à ce contraires. Et seront tenus les juges ecclé- « siastiques de juger les causes des dits mariages, conformément « à cet article ».

« N° 40. — Nous défendons à tous juges, même à ceux de « cour d'église de recevoir à l'avenir aucune preuve par témoins « et autres, que par écrit, en fait de mariage, fors et réservé « entre personnes de village, basse et vile condition, à la « charge néanmoins que la preuve n'en puisse être admise que « des plus proches parens de l'une et l'autre des parties, et au « nombre de six pour le moins ».

ments : car la juridiction laïque ne peut donner la loi aux juges ecclésiastiques en matière spirituelle ; en conséquence de quoi il est nécessaire d'ôter de cet article : *Et seront tenus les juges ecclésiastiques de juger les causes des dits mariages conformément à cet article* ».

En présence d'une démonstration aussi imposante, le pouvoir hésita. Une commission fut nommée; du consentement de sa majesté et après avoir sollicité son avis, les commissaires prirent la résolution suivante : « La remontrance du clergé, pour la première difficulté, a été arrêtée par l'explication du mot de : valablement ou non valablement contracté, qui ne peut être aucunement prise que par rapport au contrat civil par des juges laïcs; et pour la dernière, elle a été trouvée juste. » (*Mémoires du clergé*, V, 692.)

Les termes employés ne se rapportaient donc qu'aux effets civils du contrat.

65. Comme on le voit à la lecture de l'article 39, le pouvoir séculier impose formellement la présence du propre curé ; il reconnaît en même temps, chez celui-ci et l'évêque diocésain, le droit de délégation, dans les termes du concile de Trente. Ce qui fut confirmé par l'article 1er de la Déclaration de 1639, dont il est parlé ci-après.

On aura remarqué que le roi ne parle plus de conciles et s'attribue (du moins en principe, théoriquement) le droit de créer des nullités de mariage et d'obliger les officialités de les prononcer.

IX. — Déclaration de Louis XIII, 1639.

66. La plupart des dispositions du code Michaud demeurèrent lettre morte. C'est alors qu'intervint la déclaration de Saint-Germain-en-Laye, du 26 novembre 1639 (enreg. au parlement le 16 décembre suivant). Son objet est d'assurer le respect de l'autorité paternelle, la révérence filiale et l'honneur des familles. Le préambule ne laisse aucun doute à cet égard : « Comme les mariages » sont le séminaire des Etats, la source et l'origine de » la société civile et le fondement des familles... et » dans lesquelles la naturelle révérence des enfants » envers leurs parens, est le lieu de la légitime obéis- » sance des sujets envers leur souverain ».

Les désordres, résultant des mariages clandestins (dans les deux sens du mot) persistèrent, en dépit des lois précédentes. Nous en trouvons également la preuve dans le préambule (102).

67. Le pouvoir civil fait un nouveau pas : les mineurs de 25 ans (veuves, fils ou filles), mariés sans le consentement des parents, tuteur ou curateur, seront déclarés, *ipso facto*, eux et leur postérité, indignes et incapables

---

(102) Les déclarations se distinguaient très nettement des ordonnances et des édits en ce qu'elles étaient faites par le roi de son propre mouvement pour interpréter ou compléter une ordonnance, un édit ou une coutume.

Il y a plusieurs différences dans la forme entre les déclarations et les édits : 1° Les déclarations commencent par ces mots : *A tous ceux qui ces presentes lettres verront*. Les édits, au contraire par ceux ci : *A tous présents et à venir*. 2° Les déclarations sont datées du jour, du mois et de l'année. Les édits au contraire le sont seulement du mois. 3° Enfin, les déclarations se scellent en cire jaune sur parchemin, et les édits en cire verte sur lacs de soie verte et rouge (Denisart, *Collection des décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, V° *Déclaration du Roi*, t. VI, p. 23; Paris, 1787).

à jamais des successions de leurs pères, mères et aïeuls, et de toutes autres directes et collatérales, comme aussi de tous les droits et avantages qui pourraient leur être acquis par contrats de mariage et par testaments, même du droit de légitime.

La majorité, au regard du mariage, est donc définitivement fixée à 25 ans, sans distinction de sexe.

L'ordonnance, y est-il dit, accordant aux parents la faculté d'exhérédation, « quoique fondée sur le premier » commandement de la seconde table, contenant l'hon» neur et la révérence qui est due aux parents, n'a pas » été assez forte pour arrêter le cours du mal et du » désordre qui a troublé le repos de tant de familles et » flétri l'honneur par des alliances inégales, et souvent » honteuses et infâmes.

» A ces causes, après avoir mis cette affaire en déli» bération en notre conseil, de l'avis d'icelui, et de notre » certaine science, pleine puissance et autorité royale, » l'ordonnance de Blois est confirmée, de même le con» tenu de l'édit de l'an 1556 sera observé.

» La peine de rapt demeure encourue, nonobstant les » consentements qui pourraient intervenir puis après » de la part des pères, mères, tuteurs ou curateurs, » dérogeant expressément aux coutumes qui permettent » aux enfants de se marier, après l'âge de vingt ans, » sans le consentement des pères » (art. 2).

Il est enjoint aux fils qui excèdent l'âge de trente ans et aux filles qui excèdent celui de vingt-cinq de requérir par écrit l'avis et conseil de leurs pères et mères pour se marier, sous peine d'être exhérédés par eux, suivant l'édit de l'an 1556 (art. 2) (103).

---

(103) *Déclaration sur les formalités du mariage, les qualités requises, le crime de rapt, etc., de Louis XIII, du* 26 *novembre* 1639.

Louis, etc. — Comme les mariages sont le séminaire des Etats,

68. Cependant la nullité des mariages contractés suivant les anciennes formes ne résulte pas de la Déclaration. En effet, l'article 3 ne frappe expressément de

la source et l'origine de la société civile, et le fondement des familles, qui composent les républiques, qui servent de principes à former leurs polices, et dans lesquelles la naturelle révérence des enfans envers leurs parens, est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain : aussi les rois nos prédécesseurs ont jugé digne de leur soin, de faire des loix de leur ordre public, de leur décense extérieure, de leur honnêteté et leur dignité. A cet effet ils ont voulu que les mariages fussent publiquement célébrés en face d'église, avec toutes les justes solennités, et les cérémonies qui ont été prescrites comme essentielles par les saints conciles, et par eux déclarées être non seulement de la nécessité du précepte, mais encore de la nécessité du sacrement. Mais outre les peines indictes par les conciles, aucuns de nosdits prédécesseurs ont permis aux pères et aux mères d'exhéréder leurs enfans qui contractoient des mariages clandestins sans leur consentement, et de révoquer toutes et chacunes les donations et avantages qu'ils leur avoient faits. Mais quoique cette ordonnance fût fondée sur le premier commandement de la seconde table, contenant l'honneur et la révérence qui est due aux parens, elle n'a pas été assez forte pour arrêter le cours du mal et du désordre qui a troublé le repos de tant de familles, et flétri leur honneur par des alliances inégales, et souvent honteuses et infâmes : ce qui depuis a donné sujet à d'autres ordonnances qui désirent la proclamation de bans, la présence du propre curé, et de témoins assistants à la bénédiction nuptiale, avec des peines contre les curés, vicaires et autres, qui passeroient outre à la célébration des mariages des enfans de famille, s'il ne leur apparoissoit des consentements des pères et mères, tuteurs et curateurs, sur peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt, comme les auteurs et les complices de tels illégitimes mariages.

Toutefois, quelque ordre qu'on ait pu apporter jusqu'à maintenant pour rétablir l'honnêteté publique, et des actes si importans, la licence du siècle, la dépravation des mœurs ont toujours prévalu sur nos ordonnances si saintes et si salutaires, dont même la vigueur et l'observation a été souvent relâchée, par la considération des pères et mères qui remettent leur offense particulière, bien qu'ils ne puissent remettre celle qui est faite aux loix publiques. C'est pourquoi ne pouvant plus souffrir que nos ordonnances soient ainsi violées, ni que la sainteté d'un si grand sacrement, qui est le signe mystique de la conjonction de Jésus-Christ avec

nullité que les mariages précédés d'un enlèvement et cela parce que pareille nullité est conforme « aux saints décrets et institutions canoniques ».

---

son église, soit indignement profané; et voyant d'autre part, à notre grand regret, et au préjudice de notre état, que la plupart des honnêtes familles de notre royaume demeurent en trouble par la subordination et enlèvement de leurs enfans, qui trouvent eux mêmes la ruine de leur fortune dans ces illégitimes conjonctions, nous avons résolu d'opposer à la fréquence de ces maux la sévérité des loix, et de retenir par la terreur de nouvelles peines ceux que la crainte ni la révérence des loix divines et humaines ne peuvent arrêter; n'ayant en cela autre dessein que de sanctifier le mariage, régler les mœurs de nos sujets, et empêcher que les crimes de rapt ne servent plus à l'avenir de moyens et de degrés pour parvenir à des mariages avantageux.

A ces causes, après avoir mis cette affaire en délibération en notre conseil; de l'avis d'icelui, et de notre certaine science, pleine puissance et autorité royale, nous avons statué et ordonné, statuons et ordonnons ce qui suit :

(I) Nous voulons que l'art. 40 de l'ord. de Blois, touchant les mariages clandestins, soit exactement gardé : et interprétant icelui, ordonnons que la proclamation des bans sera faite par le curé de chacune des parties contractantes, avec le consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, s'ils sont enfans de famille, ou en la puissance d'autrui. Et qu'à la célébration du mariage assisteront quatre témoins dignes de foi, outre le curé qui recevra le consentement des parties, et les conjoindra en mariage suivant la forme pratiquée en l'église. Faisons très expresses défenses à tous prêtres, tant séculiers que réguliers, de célébrer aucun mariage, qu'entre leurs vrais et ordinaires paroissiens, sans la permission par écrit des curés des parties, ou de l'évêque diocésain, nonobstant les coutumes immémoriales et privilèges que l'on pourroit alléguer au contraire. Et ordonnons qu'il sera fait un bon et fidèle registre, tant des mariages que de la publication des bans, ou des dispenses, et des permissions qui auront été accordées.

(II) Le contenu en l'édit de l'an 1556, et aux articles 41, 42, 43 et 44 de l'ord. de Blois, sera observé ; et y ajoutant, nous ordonnons que la peine de rapt demeure encourue, nonobstant les consentements qui pourroient intervenir puis après de la part des pères, mères, tuteurs et curateurs, dérogeant expressément aux coutumes qui permettent aux enfans de se marier après l'âge de vingt ans, sans le consentement des pères. Et avons déclaré et déclarons les veuves, fils et filles, moindre de vingt-cinq ans, qui

Quant aux mariages contractés sans formalités, ils sont simplement privés d'effets civils, déclarant « les » enfants qui naîtront de ces mariages, incapables de

---

auront contracté mariage contre la teneur desdites ordonnances, privés et déchus par le seul fait, ensemble les enfans qui en naîtront, et leurs hoirs, indignes et incapables à jamais des successions de leurs pères, mères et ayeuls, et de toutes autres directes et collatérales : comme aussi des droits et avantages qui pourroient leur être acquis par contrats de mariages et testamens, par les coutumes et loix de notre royaume, même du droit de légitime; et les dispositions qui seront faites au préjudice de cette ordonnance, soit en faveur des personnes mariées, ou par elles au profit des enfans nés de ces mariages, nulles et de nul effet et valeur. Voulons que les choses ainsi données, léguées ou transportées, sous quelques prétextes que ce soit, demeurent en ce cas acquises irrévocablement à notre fisque, sans que nous en puissions disposer qu'en faveur des hôpitaux, ou autres œuvres pies. Enjoignons aux fils qui excèdent l'âge de trente ans, et aux filles qui excèdent celui de vingt-cinq, de requérir par écrit l'avis et conseil de leurs pères et mères pour se marier, sous peine d'être exhérédés par eux, suivant l'édit de l'an 1556.

(III) Déclarons, conformément aux saints décrets et constitutions canoniques, les mariages faits avec ceux qui ont ravi et enlevé des veuves, fils et filles de quelque âge et condition qu'ils soient, non valablement contractés; sans que par le temps, ni par le consentement des personnes ravies, et de leurs pères, mères, tuteurs et curateurs, ils puissent être confirmés, tandis que la personne ravie est en la possession du ravisseur. Et néanmoins en cas que sous prétexte de majorité, elle donne un nouveau consentement après être mise en liberté, pour se marier avec le ravisseur, nous la déclarons, ensemble les enfans qui naîtront d'un tel mariage, indignes et incapables de légitime, et de toutes successions directes et collatérales qui leur pourront échoir, sous quelque titre que ce soit, conformément à ce que nous ordonnons contre les personnes ravies par subornation; et les parens qui auront assisté, donné conseil, et favorisé lesdits mariages, et leurs hoirs, incapables de succéder directement ou indirectement auxdites veuves, fils et filles. Enjoignons très-expressément à nos procureurs généraux et à leurs substituts, de faire toutes les poursuites nécessaires contre les ravisseurs et leurs complices, nonobstant qu'il n'y eût plainte de partie civile, et à nos juges de punir les coupables de peine de mort, et confiscation des biens, sur iceux préalablement prises les réparations qui seront ordonnées, sans que cette peine puisse être modérée : faisons défenses

» toute succession, aussi bien que leur postérité » (article 5).

Il y a toutefois une innovation, c'est au point de vue du rôle que joue le curé dans la célébration du mariage.

à tous nos sujets de quelque qualité et condition qu'ils soient, de donner faveur ni retraite aux coupables, ni de retenir les personnes enlevées, à peine d'être punis comme complices, et de répondre solidairement et leurs héritiers, des réparations adjugées, et d'être privés de leurs offices et gouvernemens, s'ils en ont, dont ils encourront la privation par le seul acte de la contravention à cette défense.

(IV) Et afin qu'un chacun reconnoisse combien nous détestons toutes sortes de rapt, nous défendons très expressément aux princes et seigneurs de nous faire instances pour accorder des lettres, afin de réhabiliter ceux que nous avons déclaré incapables de successions; à nos secrétaires d'Etat de les signer, et à notre très cher et féal chancelier de les sceller, et à tous juges d'y avoir aucun égard, en cas que, par importunité, ou autrement, on en eût impetré aucunes de nous, voulant que nonobstant telles dérogations ou dispenses, les peines contenues en nos ordonnances soient exécutées.

(V) Désirant pourvoir à l'abus qui commence à s'introduire dans notre royaume, par ceux qui tiennent leurs mariages secrets et cachés pendant leur vie, contre le respect qui est dû à un si grand sacrement, nous ordonnons que les majeurs contractent leurs mariages publiquement, et en face de l'église, avec les solemnités prescrites par l'ordonnance de Blois, et déclarons les enfans qui naîtront de ces mariages, que les parties ont tenus jusqu'ici, ou tiendront à l'avenir cachés pendant leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage, que la dignité d'un mariage, incapables de toutes successions, aussi bien que leur postérité.

(VI) Nous voulons que la même peine ait lieu contre les enfans qui sont nés des femmes que les pères ont entretenues, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie : comme aussi contre les enfans procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, même par les sentences de nos juges rendues par défaut, si avant leurs décès ils n'ont été remis au premier état, suivant les loix prescrites par nos ordonnances.

(VII) Défendons à tous juges, même à ceux d'église, de recevoir la preuve par témoins de promesses de mariage, ni autrement que par écrit, qui soit arrêté en présence de quatre proches parens de l'une et l'autre des parties, encore qu'elles soient de basse condition.

Celui-ci ne doit plus se borner à recevoir le consentement des parties; il doit les *conjoindre* suivant la forme pratiquée en l'Eglise. C'était aller plus loin que le concile de Trente, lequel n'attribue au prêtre qu'un rôle passif, il suffit qu'il soit présent, *qui aliter quam praesente parocho.*

69. Comme le roi se bornait à se dire que « *le curé* » *recevra le consentement des parties et les con-* » *joindra en mariage suivant la forme pratiquée* » *en l'Eglise* », on en conclut que dans le cas où le curé refuserait de célébrer le mariage, on pouvait, après proclamation des bans, se présenter devant lui, accompagné d'un certain nombre de témoins et surtout de deux notaires; le curé était sommé de bénir l'union et, sur son refus, les futurs époux déclaraient se marier en face de l'Eglise et requéraient les notaires de dresser acte de ce qui s'était passé. Cette nouvelle fraude, ce procédé ingénieux destiné à faciliter les mésalliances, avait été imaginé par Gilbert Gaulmin, ancien intendant du Nivernais, doyen des maîtres des requêtes qui, s'étant imaginé de se marier à soixante ans, avait éprouvé de son curé un refus de célébration. Cet exemple fut imité, surtout par ceux qui voulaient se marier sans le consentement de leurs parents, et ces unions prirent le nom de mariages à la Gaulmine.

70. En définitive, ces unions étaient parfaitement régulières; elles réunissent la publicité requise par les ordonnances, la présence du nombre de témoins et du propre curé; celui-ci, sans doute, refusait la bénédiction nuptiale et figurait en qualité de témoin solennel, contraint et forcé; mais le concile de Trente n'exigeait pas davantage (104).

---

(104) GLASSON, *op. citat.*, t. VIII, p. 441.

X. — Edit de Louis XIV, 1669.

71. Sous l'ancien régime, les rois attachaient tous leurs sujets au sol de la patrie, comme jadis les serfs étaient attachés à la glèbe. Le droit d'émigration était inconnu. « Les Français ne peuvent se retirer du » royaume de France et s'habituer en pays étranger, » sans permis du roi. Et le roi peut les vendiquer » (105). Nous allons voir immédiatement le reflet de pareille théorie sur la liberté du mariage. Un édit de Louis XIV, du mois d'août 1669, considère le fait de travailler en pays étranger à tous les exercices dont l'homme est capable, de s'y *établir par mariage* et d'y acquérir des biens de toute nature, comme une violation des devoirs, dont, par leur naissance, les sujets du roi sont tenus envers ce dernier et leur patrie.

« Faisons défense à tous nos sujets, de quelque qua- » lité et condition qu'ils soient, de sortir de notre » royaume pour aller s'établir sans notre permission » dans les pays étrangers par mariage, à peine de con- » fiscation de corps et de biens, et d'être censés et ré- » putés étrangers, sans qu'ils puissent être ci-après » rétablis ni réhabilités, ni leurs enfants naturalisés, » pour quelque cause que ce soit » (106).

S'il faut en croire MONTESQUIEU, les hommes estimaient que les étrangers ne leur étant unis par aucune communication de droit civil, ils ne leur devaient d'un côté aucune sorte de justice et de l'autre, aucune sorte de pitié.

---

(105) BACQUET, *Du droit d'aubaine* (*OEuvres*, t. II, p. 130).

(106) MERLIN, *Répertoire*, V° *Emigration*, p. 149, où l'on trouve le texte entier de l'édit.

72. Une déclaration postérieure, du 16 juin 1685, en confirmant l'édit de 1669, défendit très expressément à tous les Français, « de quelque qualité et condition » qu'ils fussent, de *marier* à l'avenir leurs enfants, » garçons ou filles, hors du royaume, pour quelque » cause ou sous quelque prétexte que ce soit, sans la » permission expresse du roi, à peine d'être déclarés » atteints et convaincus du crime d'infidélité envers » l'Etat et de confiscation de corps et de biens et où la » confiscation n'aurait lieu, de 24,000 livres d'amende » contre les pères et mères, s'ils étaient vivants, sinon » contre les tuteurs. »

73. MERLIN nous apprend que ces lois ont toujours été en pleine vigueur jusqu'en 1789 et qu'il y a plusieurs exemples de l'exécution qu'elles ont reçue peu de temps avant cette époque; il rapporte plusieurs arrêts d'espèce.

Ainsi, à cette époque, se marier à l'étranger sans la permission expresse du roi était un *crime* d'infidélité envers l'Etat.

Que l'on veuille comparer ces édits avec l'opinion reçue cent ans plus tard, exprimée par PORTALIS : « un » citoyen français peut se transporter partout; parmi » les droits attachés à sa personne, le plus naturel est » incontestablement la faculté de contracter mariage », et l'on constatera les progrès considérables réalisés dans cet ordre d'idées.

XI. — Edit de Louis XIV, 1697.

74. Les remontrances que le clergé adresse à plusieurs reprises à Louis XIV, notamment en 1680, montrent combien les prescriptions des ordonnances étaient mal observées. Pour combattre les abus qu'entraînaient à ses yeux les unions civiles, il est obligé d'avoir recours au roi et de lui demander son appui pour les empêcher, notamment pour former obstacle aux mariages à la gaulmine. Il demande : 1° des punitions corporelles contre les contractants ; 2° défense d'habiter ensemble sous les mêmes peines ; 3° l'incapacité de recueillir tous avantages résultant à leur profit soit des contrats, soit de la coutume, ainsi que l'incapacité des enfants de succéder à leurs parents ; 4° défense à tous notaires d'assister à telles cérémonies et à passer tels actes, sous peine de privation de leur charge. Il est important de remarquer que le clergé ne désirait pas la déclaration de *nullité* des mariages non contractés en face de l'Eglise (BEAUCHET, *Nouv. Rev. Hist.*, 1882, 644).

75. Les réclamations reçurent satisfaction par l'édit de Versailles, de mars 1697, « concernant les formalités qui doivent être observées dans les mariages » (107).

(107) Les ordonnances générales, du XIVe au XVIIe siècle, ayant spécialement pour objet la réforme de l'Etat, contiennent des dispositions sur les matières les plus variées, dans le but de mettre fin à certains abus. Ce ne sont que des retouches partielles, nullement des codifications. Le plus souvent elles ont été rendues après des convocations d'Etats généraux, sur les doléances et les cahiers de ceux-ci. Enfin, elles ont toujours eu pour principal rédacteur le chancelier qui était alors en fonctions.

Les grandes ordonnances de Louis XIV et de Louis XV pré-

L'autorité civile en profite pour mettre la dernière main à la réglementation de l'union conjugale; il détermine d'une façon précise par quel laps de temps le domicile s'acquérait quant au mariage, et fixe ce temps à six mois à l'égard de ceux qui demeuraient auparavant dans une autre paroisse de la même ville ou dans le même diocèse, à un an pour ceux qui demeureraient dans un autre diocèse. Exception est faite en cas de permission spéciale et par écrit du curé des parties qui contractent ou de l'archevêque ou évêque diocésain (art. 1er).

76. L'article 2 enjoint « à tous curés et autres prêtres » qui doivent célébrer des mariages, de s'informer » soigneusement, avantde commencer les cérémonies..., » de l'âge et de la qualité de ceux qui le contractent et » particulièrement s'ils sont enfants de famille ou en la » puissance d'autrui, afin d'avoir en ce cas les consente- » ments de leurs pères, mères, tuteurs et curateurs et » d'avertir les dits témoins des peines portées par le » présent édit contre ceux qui certifient en ce cas des » faits qui ne sont pas exacts. »

Ces peines sont, aux termes de l'article 4, pour les hommes « à faire amende honorable et aux galères pour » le temps que nos juges estimeront juste, et au ban- » nissement, s'ils ne sont pas capables de subir la dite

---

sentent un tout autre caractère. Ce sont des *codifications*; elles contiennent la réglementation complète, systématique et détaillée d'une branche du droit plus ou moins importante et étendue. Elles ont été rédigées par des commissions composées d'un petit nombre d'hommes compétents; et, de cette élaboration, il nous est souvent resté d'importants travaux préparatoires. Cette œuvre de codification est analogue, par la forme et les procédés, à celle qui s'accomplit plus tard, sous le consulat et le premier Empire et qui a produit nos codes. (Pour de plus amples détails, A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, pp. 731-745).

» peine des galères », et pour les femmes « à faire pa-
» reillement amende honorable et au bannissement qui
» ne pourra être moindre de neuf ans. »

77. L'article 6, « ajoutant à l'ordonnance de l'an 1556
» et à l'article 2 de celle de l'an 1639 », permet « aux
» pères et aux mères d'exhéréder leurs filles, veuves,
» mêmes majeures de vingt-cinq ans, lesquelles se
» marieront sans avoir requis par écrit leur avis et con-
» seil.

» Les dites veuves, les fils et filles majeures, même
» de vingt-cinq et trente ans, lesquels demeurant ac-
» tuellement avec leurs pères et mères, contractent à
» leur insu des mariages, seront privés et déchus par
» leur seul fait, ensemble les enfants qui en naîtront,
» des successions de leurs dits pères et mères, ayeuls
» et ayeules et de tous autres en quelque manière que
» ce puisse être, même du droit de légitime » (art. 7).

78. Et afin de mettre fin à tout doute relatif au domicile des enfants de famille, l'article 5 déclare qu'ils n'ont qu'un domicile de droit, c'est celui de leur père et mère, toute autre demeure ne constitue qu'un domicile de fait. « Déclarons que le domicile des fils et filles de
» famille, mineurs de vingt-cinq ans, pour la célébra-
» tion de leurs mariages, est celui de leurs pères, mères,
» ou de leurs tuteurs ou curateur, après la mort de
» leurs susdits pères et mères, et en ce cas qu'ils aient
» un autre domicile de fait, ordonnons que les bans
» seront publiés dans les paroisses où ils demeurent et
» dans celles de leurs pères, mères, tuteurs et cura-
» teurs ».

79. L'édit punit également les prêtres qui célèbrent des mariages entre personnes étrangères à leur paroisse de peines sévères, privation temporaire des bénéfices, bannissement, réclusion dans un couvent. Son préam-

bule porte que, d'après les saints conciles, la présence du propre curé est une des solennités *essentielles* au sacrement de mariage, et que le roi estime *nécessaire* d'établir plus expressément la qualité du domicile tel qu'il est nécessaire pour contracter mariage. Il ne prononce toutefois pas la nullité; il ne voit dans la solennité prescrite par les conciles « qu'un *règlement* sage » dont les rois, par plusieurs ordonnances, ont autorisé » l'exécution. »

Il n'en est pas moins certain que le pouvoir civil poursuit ses empiétements sur les privilèges de l'autorité ecclésiastique, par la réglementation des conditions d'âge et de domicile, en punissant prêtres et témoins qui contreviennent aux prescriptions royales.

80. Il faut croire que l'ancienne forme de mariage était solidement établie dans les mœurs. Toutes les peines inscrites dans les ordonnances n'étaient pas parvenues à en extirper complètement l'usage. Nous en trouvons la preuve dans le préambule de la *Déclaration sur l'invalidité des mariages faits par d'autres prêtres que les curés des contractants* (15 juin 1697) :

« Quelques archevêques et évêques nous ont représenté qu'ils trouvent dedans leurs diocèse un nombre » *considérable* de personnes qui vivent comme dans » des mariages véritables, sous la foi de ceux qui prétendent avoir contracté devant des prêtres autres que » leurs propres curés, et quelques autres qui s'imaginent que des actes que des notaires ont eu la témérité » de leur donner *de leurs consentements réciproques* » leur ont pu conférer la grâce du sacrement de » mariage.

» A ces causes et considérant que toutes les » puissances qu'il a plu à Dieu d'établir dans le monde, » ne doivent avoir d'autre objet que celui de concourir

» à sa gloire et à son service, les procureurs du roi » pourront, dans la première année de la célébration » des dits prétendus mariages, obliger les parties de se » retirer par devers leurs archevêques ou évêques, pour » les réhabiliter, suivant les formes prescrites par les » saints canons et par les ordonnances royales, après » avoir accompli la pénitence salutaire qui leur sera par » eux imposée, telle qu'ils l'estimeront à propos » (108).

(108) Une ordonnance de Louis XV, du 10 août 1716, exclut de toutes charges et administrations publiques et des assemblées du corps de la nation dans les Echelles du Levant, les négociants français qui y épouseront des filles ou veuves, nées sous la domination du Grand-Seigneur; et des dites charges et administrations ceux qui n'ayant pas l'âge de trente ans, épouseront sans le consentement de leurs pères et mères, des filles même de Français.

XII. — Forme de la sommation respectueuse.

81. Quant à la forme de la sommation respectueuse, les ordonnances ne contiennent aucune prescription spéciale ; aussi varie-t-elle de province à province.

Le parlement de Paris fit, le 27 août 1692, en attendant une ordonnance royale, un règlement obligatoire dans son ressort, prescrivant à ceux qui veulent faire une sommation respectueuse, d'en demander d'abord permission, par requête, aux juges royaux du domicile des pères et mères. Ces juges sont obligés d'accorder la permission, en vertu de laquelle la sommation doit se faire, en la ville de Paris, par deux notaires royaux ou un notaire royal et deux témoins y domiciliés, qui doivent signer avec le notaire, sous peine de nullité.

Ailleurs on se bornait à présenter requête au juge du domicile, royal ou non. Parfois on ne présente point de requête. On se borne à faire faire la sommation par deux notaires royaux ou non royaux.

82. Au regard des sommations respectueuses, la jurisprudence est sévère, elle maintient la rigueur des principes. Un arrêt du 24 mars 1699, rapporté au *Journal des Audiences,* déclare abusif le mariage d'un fils, âgé de 43 *ans*, parce qu'il n'avait pas requis le consentement de ses père et mère, et en outre, parce que le mariage avait été célébré « hors la paroisse des parties. »

Un autre arrêt, du 24 février 1736, du parlement de Rouen, déclare également abusif, pour défaut de sommation respectueuse, le mariage d'un fils déjà veuf, âgé celui-là de 63 ans.

Nous tenons cette dernière décision pour suffisamment « illustrative » et nous nous croyons dispensé d'en citer d'autres.

XIII. — Mariage des protestants.

83. Un nouveau mouvement, dont le principe fondamental était la liberté, avait, dès le commencement du XVIe siècle, pris une telle extension qu'il dominait l'opinion publique : remplacer la vieille et creuse idole de la scolastique par une science vivace, fondée sur l'étude des lettres grecques et latines, des ouvrages moraux et politiques de Platon et d'Aristote ; substituer aux superstitions du moyen âge l'Ecriture sainte comme source unique de la doctrine chrétienne (109); réformer l'Eglise et le clergé, et amener ainsi la diminution de son pouvoir exorbitant; préparer enfin le triomphe des gouvernements nationaux sur le despotisme de Rome. Aussi l'ancien système fut-il attaqué tout à la fois par une triple opposition, littéraire, religieuse et populaire (110).

Les chefs de cette opposition demandaient, comme Erasme, une amélioration ou une transformation de l'Eglise, conformément aux principes évangéliques, mais en tenant compte de ses traditions et de ses institutions, de son passé et de son présent; ils désiraient simplement la réforme des abus. D'autres, comme Martin Luther,

---

(109) Dès que les Allemands cultivèrent les lettres, ils s'appliquèrent à l'étude des livres saints; ce fut le commencement de la réformation. (LAURENT, *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VIII, p. 395.)

On pense que le nom de Protestants fut donné en premier lieu aux Luthériens qui *protestèrent* dans la diète impériale tenue à Spire en 1529, contre un édit d'une diète antérieure tenue à Worms et défendant toute innovation en matière de religion.

(110) J.-J. ALTMEYER, *Les précurseurs de la Réforme aux Pays-Bas*, t. II, p. 304.

désiraient une révolution radicale ; ils finirent par l'emporter. Ils voulaient démolir le fond même de la religion catholique.

84. Luther était une âme sincèrement religieuse; ce furent les terreurs de la foi qui l'entraînèrent au couvent. C'est ce que nous apprend MELANCHTON dans sa *Vita Lutheri : Saepe eum cogitantem attentius de ira Dei, aut de mirandis pœnarum exemplis, subito tanti terrores concutiebant, ut paene examinaretur.* La vie monastique l'attirait profondément, parce qu'il la considérait comme la voie de la perfection chrétienne et surtout à cause du calme et de la sécurité qu'elle semblait devoir lui apporter. Son désenchantement fut extrême et son désespoir immense. L'âme du jeune moine ne trouva de repos que dans la croyance de la justification par la foi. Ce dogme, qui anéantit l'homme devant Dieu, est, dans l'opinion de Luther, le fondement de la réformation. Aussi ne nous trouvons-nous pas en présence d'un révolutionnaire, d'un homme de violence, mais d'un homme de foi qui préfère respecter même les superstitions catholiques, plutôt que de les détruire par la force. Au milieu d'un siècle qui penchait vers l'incrédulité, il produisit néanmoins la plus étonnante des révolutions; il accomplit une révolution religieuse, en s'emparant du dogme chrétien de la grâce, altéré et affaibli par la scolastique et par le monachisme.

85. Martin Luther dénonça avec une énergie persistante les scandales résultant des mariages clandestins, ce danger, cette plaie de son époque, commune à toute l'Europe (111). Le droit canonique, reconnaissant la

(111) Non seulement en France, mais en Espagne, dans les Pays-Bas, en Ecosse, des lois furent promulguées pour remédier au mal. On les examinera toutes, au cours de cette étude.

constitution du lien conjugal *solo consensu*, admettait en même temps la pleine validité des mariages clandestins, mais il en limitait les effets par sa théorie des preuves. Si l'un des deux conjoints, unis clandestinement, venait à contracter une nouvelle union publiquement, en présence de témoins, c'était cette dernière que faisait prévaloir la juridiction ecclésiastique, de là cette maxime canonique : *Clandestinum manifesto non praejudicat*. Néanmoins, tout en donnant cette décision dans le *forum externum*, l'Eglise, en ce cas, considérait comme valable en soi le premier mariage clandestin. Il en résultait qu'au tribunal de la pénitence le prêtre devait défendre au bigame de rendre le devoir conjugal à son second conjoint, tandis que le juge ecclésiastique lui imposait le même devoir, sous peine d'excommunication.

On conçoit, dit M. ESMEIN, quel trouble de semblables principes devaient apporter dans la société, si l'on songe que les bigamies sont encore assez fréquentes de nos jours, où le mariage est soumis à une publicité sérieuse et où la facilité des informations est si grande. (112).

Dans ses *Tischreden* (Propos de table), LUTHER met en pleine lumière les angoisses qui assaillaient certaines consciences : « C'est ainsi qu'il m'arriva également au couvent, et qu'il arriva à l'Official, que deux personnes, après s'être unies par serment réciproque, se dégageaient de leur engagement. Ensuite, on venait à moi ou à un autre confesseur, au confessionnal, en disant : *Lieber Herr*, j'ai une femme que j'ai épousée clandestinement ; que dois-je faire à son égard ? Aidez-moi, *Lieber Herr Doctor*, levez mes doutes. Cette Gretna que j'ai épousée la première est bien ma vraie

---

(112) ESMEIN, *op. citat.*, t. II, p. 128.

femme. Mais cette Barbara, avec qui je me suis marié ensuite, n'est-elle pas ma femme et ne dois-je pas coucher avec elle? Je ne puis prendre celle-là, quoique je le voudrais bien; mais je ne le puis, car j'ai une autre femme et elle a un autre mari, et personne ne sait qu'elle est ma femme si ce n'est Dieu dans le ciel. Oh! je suis damné; je ne sais que faire, *O, ich werde verdampt, ich weiss keinen Rath.* » (113)

86. ERASME avait déjà relevé ces difficultés et ces contradictions. Si l'époux bigame obéit au juge d'Eglise, il s'attire la colère céleste, s'il n'obéit pas, il encourt l'anathème. Que fera-t-il? *Si obtemperat Ecclesiae judicio, provocat iram Dei; si non obtemperat, feritur anathemate. Quid faciet?*

87. LUTHER et CALVIN préconisent le mariage civil, puisqu'ils veulent le soumettre uniquement à la puissance séculière. Voici comment le premier s'exprime à cet égard dans ses *Ehesachen:*

« Autant de pays, autant de coutumes, dit le proverbe; par conséquent, puisque le mariage et l'état de mariage sont choses du siècle, il ne nous appartient point, à nous religieux ou serviteurs de l'Eglise, de rien ordonner ou réglementer à ce sujet; il faut laisser chaque ville et chaque pays suivre en cela leurs usages et coutumes, tels qu'ils se comportent.

» Personne ne peut nier que le mariage ne soit une chose extérieure et mondaine, comme les vêtements, les aliments, la maison, la cour, et soumise à l'autorité séculière, comme le démontrent les constitutions rendues par les empereurs.

» Comment devons-nous nous comporter quant aux

(113) Le texte allemand se trouve reproduit dans FRIEDBERG, *op. citat.*, p. 102.

questions matrimoniales et au divorce? J'ai dit que c'était aux juristes à prescrire, et qu'il fallait se soumettre au pouvoir séculier, parce que l'état de mariage est une chose extérieure et mondaine, comme le sont la femme, l'enfant, la maison et la cour et autres choses semblables; tout cela est soumis à l'autorité de l'Etat, comme celle-ci l'est à la raison. »

En même temps, Luther reconnaissait à l'état de mariage une haute valeur au point de vue religieux; il le mettait bien au-dessus de l'état de virginité et de continence. « L'état de mariage », disait-il, « est le plus religieux de tous; c'est à tort et par injustice que l'on a appelé certains états les ordres religieux et qu'on a appelé le mariage un état mondain; la vérité, au contraire, c'est que le mariage est le véritable état religieux. »

88. Calvin combat la théorie du mariage considéré comme sacrement, qu'il prétend inconnue dans l'Eglise avant l'époque de Grégoire VII (114). Le mariage a été institué par Dieu, mais il ne faut pas en conclure que c'est un sacrement; autrement il faudrait en dire autant de l'agriculture, de l'architecture, de la cordonnerie, de l'échoppe de barbier qui sont également des institutions divines, et non des sacrements. *Ordinatio Dei bona et sancta : et agricultura, architectura, sutrina, tonstrina ordinationes sunt Dei legitimae, non tamen sunt sacramenta.* Il cherche à montrer que les textes contiennent simplement des comparaisons et des métaphores. On interprète mal les paroles de Saint Paul: *Sacramentum hoc magnum est.* Le texte grec porte,

---

(114) Ce pape célèbre, appelé d'abord *Hildebrand*, fils d'un charpentier de Soana, en Toscane, né vers l'an 1013, mourut en 1085, à Salerne et souleva cette lutte terrible, connue sous le nom de *Querelle des Investitures*.

au lieu du mot équivoque *sacramentum*, le mot mystère, μυστηριον (115).

89. La réforme, de l'avis de LAURENT, fut une transition entre la religion du moyen âge et la religion de l'avenir; elle est au catholicisme ce que la monarchie constitutionnelle est à la monarchie absolue. La première est un point d'arrêt dans la marche trop précipitée vers la liberté et l'égalité, la réforme est une halte dans la marche désordonnée vers l'émancipation religieuse (*op. cit.*, p. 26).

90. Le protestantisme introduisit dans la science deux grandes idées : la liberté politique et la liberté religieuse.

L'alliance de la religion et de la philosophie, telle qu'elle existait au moyen âge, ne pouvait subsister. La scission se fit au XIVe siècle et la raison reprit son indépendance. La philosophie, en se séparant de la théologie, sécularisa la science et maintint en face de l'Eglise le droit du libre examen. Cet élément de liberté était un legs de l'antiquité. L'influence d'Aristote interprété par les Arabes, déposa dans les esprits des germes de doctrines anti-chrétiennes qui conduisirent à une opposition radicale contre l'orthodoxie catholique. De là procède, dit LAURENT, le flot d'incrédulité philosophique qui commence dès le XIIe siècle et se prolonge jusque dans les temps modernes (116).

---

(115) Voir l'excellente discussion de M. BEAUCHET, *Nouvelle revue historique*, 1882, p. 366.

Le vrai nom de Calvin était *Cauvin*. « Ayant à traduire en latin le nom de Cauvin, pour lui donner un air et une terminaison convenable au génie de cette langue-là, on n'a pu le traduire autrement que par *Calvinus*. Car au lieu de *Cauve* en Picard, et de *Chauve* en Français, tous les bons auteurs disent en latin *Calvus*. Ainsi, au lieu de *Cauvin* et *Chauvin*, on ne peut dire en latin que *Calvinus*, Calvin ». (BAYLE, *Dict.*, V° *Calvin*, p. 21, note BB).

(116) LAURENT, *op. cit.*, p. 23.

91. Les diverses tendances de la Renaissance s'unirent dans un homme qui fut le type immortel de la modération, de l'étendue intellectuelle, de la sagacité brillante, dans un homme dont le nom reste grand au milieu des grands hommes qui illustrèrent le XVI[e] siècle. Erasme est tout ensemble un précurseur du protestantisme et un esprit libre qui annonce les libres penseurs. Il faut considérer ce génie si varié sous bien des faces, si l'on veut le connaître et lui rendre justice. Ses ennemis disaient qu'il était pire que Luther, lequel avait pondu l'œuf couvé par ce dernier, que le réformateur avait sucé tout son venin dans les écrits de l'humaniste. Il commença, il est vrai, l'œuvre du réformateur, en publiant une traduction latine du Nouveau Testament, plus exacte, plus élégante que la Vulgate. Par ses railleries, il semble lui avoir préparé et facilité les voies. Le docteur Simon Fontaine se plaint que *par occasion, Erasme a faict plus de mal que Luther ; pour ce que Luther n'a faict que eslargir l'ouverture de l'huis duquel Erasme avait pu crocheté la serrure et l'avait entr'ouvert* (117).

Quoi qu'il en soit, les nouvelles doctrines ne reçoivent pas ses faveurs : « Il semble que la réforme aboutisse à défroquer quelques moines et à marier quelques prêtres ; cette grande tragédie se termine par un événement comique, puisque tout finit par un mariage, comme dans les comédies. » (*Erasmi Epist.*, XXI, 41.)

92. En 1519, Erasme avait atteint l'apogée de sa gloire. Qu'on se figure, dans sa jolie maison de Bâle, où il s'est retiré depuis 1521 et où la mort vint l'atteindre le 15 juillet 1536, ce petit homme blond, portant le capu-

---

(117) Simon Fontaine, *Histoire catholique de notre temps*, livre VII, f° 91 (Paris, 1562).

chon monastique, avec son visage fin et lumineux, son front pensif, ses yeux bleu clair, à demi fermés ; les lèvres sont minces, les coins de la bouche se relèvent avec finesse, le nez est effilé. Rien n'annonce la force, tout prouve la délicatesse, la perspicacité, la lumineuse facilité de l'esprit.

La bibliothèque de Bâle a conservé plusieurs lettres manuscrites, adressées par Erasme à son ami Amersbach, de Fribourg, où il s'était retiré avec les chanoines de Bâle. On y remarque le passage suivant, qui prouve la tolérance de cet homme célèbre : « Le cardinal M..., » qui insistait si fortement sur la nécessité d'employer » des mesures de rigueur contre les réformés, vient » d'être pris par des corsaires algériens ; ces gens-là » vont lui enseigner à ses dépens ce que c'est que l'into- » lérance, il reviendra corrigé » (118).

93. Déjà au XIVe siècle, un jurisconsulte oublié, Marsile de Padoue (*Marsilio da Padova*), émet une critique profonde de la doctrine chrétienne ; il mérite d'être comparé à Luther, qu'il dépasse même, au témoignage d'auteurs considérables. Procédant d'Aristote, le docteur italien soutient qu'il « ne peut y avoir dans chaque Etat qu'un seul pouvoir souverain ; s'il y en avait plusieurs, il n'y aurait ni lois possibles, ni gouvernement, ni justice. Si chacun a le droit de juridiction, un citoyen pourra être cité devant deux tribunaux différents pour la même cause, à la même heure : devant quel tribunal comparaîtra-t-il ? Devant tous les deux ou devant aucun ? Absurdité en théorie, anarchie en fait et dissolution de la

(118) *Erasme et son époque* (*Revue britannique*, 1836, t. I, p. 134). — Une des plus belles dissertations que l'on puisse lire est celle d'Erasme sur le Proverbe, *Dulce bellum inexpertis*.

société » (119). MARSILE DE PADOUE ne reconnaît aucun pouvoir à l'Eglise, car le pouvoir n'est autre chose que la souveraineté. Il s'érige en outre en défenseur de la liberté de conscience : « *Ad observanda praecepta divinae legis, poenâ vel supplicio temporali, seu praesentis seculi, nemo Evangelica scriptura compelli praecipitur* ». Le prêtre n'est autre chose que le docteur de la loi divine; il est chargé de nous apprendre ce qu'il faut faire ou rechercher pour mériter la vie éternelle. Mais il n'a pas de pouvoir coercitif. Suivant la parole de Saint Chrysostôme, on ne ramène pas par la force un égaré (120). De telles paroles font honneur à l'esprit libéral et tolérant qui les a écrites.

94. Certes, les protestants du XVIe siècle, en réclamant et en proscrivant tour à tour la liberté de conscience, obéissaient au fanatisme aveugle et absurde des partis. Mais de la rencontre de ce fanatisme avec un fanatisme contraire naquit la pensée d'une transaction. Le protestantisme fut l'occasion de ce traité de paix, qui consacrait le droit des croyances diverses dans un même Etat, droit nouveau, inconnu du moyen âge et qui est l'honneur des sociétés modernes.

Le XVIe siècle est le vrai commencement des temps modernes, c'est un champ de bataille où se sont rencontrés les amis et les ennemis des progrès actuellement

---

(119) Au XVIIIe siècle, cette critique de la doctrine chrétienne fut formulée par Jean-Jacques Rousseau, dans ces paroles célèbres : « Il est résulté de cette double puissance (de l'Etat et de « l'Eglise), un perpétuel conflit de juridiction; on n'a jamais pu « venir à bout de savoir auquel, du maître ou du prêtre, on était « obligé d'obéir. Le christianisme rompt l'unité sociale, en don- « nant aux hommes deux législations, deux chefs, deux patries. »

(120) Pour plus de détails, voyez PAUL JANET, *Histoire de la science politique*, t. I, p. 457, 3e édit.; LAURENT, *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VIII, p. 267.

accomplis ; c'est alors qu'a commencé, selon les uns, la dégénérescence, selon les autres, la régénération de la société européenne ; c'est là qu'est le berceau de nos libertés ou de notre anarchie selon le point de vue que l'on choisit. Chose remarquable, à la même époque où naissait l'homme qui devait, préparant l'anarchie politique par l'anarchie religieuse, introduire le germe de mort dans la vieille société royale et pontificale d'Europe, un autre homme découvre une nouvelle terre, futur asile de la civilisation fugitive. Christophe Colomb trouve un monde au moment où Luther allait en détruire un autre.

95. Des savants, attirés par François Ier, apportèrent en France les premières semences du protestantisme, dont les doctrines gagnèrent rapidement de chauds partisans. La sœur du roi, Marguerite d'Angoulême, esprit rêveur et pratique à la fois, mêlée à toutes les grandes affaires de son temps, caractère multiple résumant tous les contrastes de son époque, applaudissait aux réformateurs, disant de Dieu :

> Par eux, veult que la loi confirmée
> Soit, et aussi l'Eglise réformée (121).

Cependant le mouvement nouveau flatte la liberté de l'esprit humain : les érudits avaient le plaisir d'examiner leur croyance ; les gentilshommes provinciaux, petits-fils de suzerains autrefois puissants et privés de leur pouvoir féodal, retrouvaient dans le nouveau culte une sorte d'indépendance, heureux de secouer une autorité génante. Ils ne tardèrent pas à former l'armée militante des protestants et se montrèrent d'autant plus redoutables qu'ils sentaient de toutes parts une résistance plus forte.

---

(121) TAXILE DELORD, *Revue nationale et étrangère*, t. II, p. 541.

96. Le pouvoir prit des mesures pour étouffer, dès son origine, les progrès de la nouvelle religion. Durant l'absence de François I[er], parti en 1524 pour la guerre d'Italie, où il devait être fait prisonnier, la reine-mère Louise signa le 10 juin 1525 des lettres patentes ordonnant l'exécution d'une bulle du pape Clément, du 17 mai précédent, relative aux poursuites à exercer contre les Luthériens (122). C'est le commencement de cette persécution religieuse qui, interrompue par l'édit de Nantes, ne devait cesser que dans les dernières années du règne de Louis XVI.

97. Un édit de 1534 frappe des peines prononcées contre les hérétiques mêmes tous ceux qui recéleraient les Luthériens et accorde aux dénonciateurs le quart des confiscations. Un édit de juin 1540 punit de peines sévères les fauteurs et adhérents de l'hérésie, enjoint en outre à tous les juges du royaume, soit royaux, soit seigneuriaux, d'informer, toutes choses cessantes, contre les dits coupables, de les emprisonner, de les envoyer, avec les procédures, au parlement pour y être jugés à la grand'chambre. A mesure que le nombre de protestants s'accroissait, on redoublait contre eux de sévérité et l'on multipliait les précautions. Une déclaration de Henri II, du 11 février 1549, ordonne aux parlements, en cas de retard ou de négligence des juges inférieurs, de nommer des commissaires tirés de leurs compagnies, « pour faire les actes, procédures et diligences requises et nécessaires, contre les hérétiques et mal sentant de la foi, leurs sectateurs et imitateurs ».

---

(122) Isambert, t. XII, p. 231. Le texte complet de la bulle y est reproduit (p. 232) et Martin Luther, qualifié de *religiosus et theologiæ professor*, *animæ suae salutis et propriæ professionis oblitus*.

98. L'édit du mois de juin 1551 est rédigé dans le même esprit. Il est enjoint de plus aux juges d'avertir les procureurs généraux de ceux qui leur auront fait requête en faveur des prisonniers, accusés du crime d'hérésie, pour les poursuivre et conclure contre eux à la condamnation « des peines édictées par les constitutions canoniques ».

99. Pour la masse du peuple français, le catholicisme était la vie morale, la sanction du passé et de l'avenir, le culte des aïeux, la garantie de tous les droits. Quand Luther jeta son premier cri de guerre, tout ce qui faisait le bonheur des uns, l'appui, l'espoir, l'ambition des autres se trouvait attaqué. Alors se soulevèrent et eclatèrent des passions terribles, sanglantes.

Il serait impossible de vous dire, écrit un contemporain, quelles cruautés barbares furent commises de part et d'autre. Où le huguenot est le maître, il ruine toutes les images, démolit les sépultures et tombeaux, même passant par Cléry, il n'a pas pardonné à celui du roi Louis XI, enlève tous les biens sacrés et voués aux églises. Et contre échange de ce, le catholique tue, meurtrit, noie tous ceux qu'il connait de cette secte et en regorgent les rivières. Il n'est pas que parmi cela quelques-uns n'exécutent leurs vengeances privées sur leurs ennemis aux dépens de la querelle publique. Et combien que les chefs fassent contenance de n'approuver tels déportements, si les passent-ils par connivence et dissimulation. La paix vaut mieux que la guerre (123).

100. Si l'Espagne catholique brûlait les malheureux soupçonnés d'hérésie, les anabaptistes protestants de Munster égorgent, au nom du Christ, femmes, vieillards et enfants. Si les docteurs de la Sorbonne condamnaient

---

(123) Etienne Pasquier, *Lettres*, liv. IV, t. I, p. 232.

au bûcher quiconque n'admettait pas leur symbole, Calvin, pape de Genève, envoie au supplice Servet, qui ne comprenait pas la Trinité comme lui. Mais à la pensée protestante se joignait partout l'idée d'émancipation et de liberté; à la foi catholique s'attachait invinciblement l'idée d'autorité et d'obéissance. Ainsi l'Europe entière se trouvait partagée en deux zones : l'une vouée au passé, l'autre à l'avenir.

101. Le fait suivant donnera une idée des haines féroces soulevées par la Réforme. Lors du séjour des troupes de Charles-Quint à Wittenberg, en 1547, il y eut un soldat qui donna deux coups de poignard à l'effigie de Luther, dans l'église du château, Ce fut le signal d'une recrudescence de haine religieuse. Les Espagnols sollicitèrent instamment l'empereur de leur permettre d'abattre cette effigie du grand hérétique, ils le supplièrent de leur accorder la faveur de démolir son tombeau, de déterrer son cadavre, de le brûler, d'en jeter les cendres aux quatre coins du ciel. Mais Charles défendit, sous peine du dernier supplice, de rien attenter de cette nature; il répondit fort sagement : « Je n'ai rien à démêler avec Luther, il a désormais un juge dont il ne m'est pas permis d'usurper la juridiction. Sachez que je fais la guerre, non pas aux morts, mais aux vivants qui ont encore les armes en mains contre moi (124) ».

102. Les réformateurs nient l'existence du sacrement de mariage, et pour éviter désormais les abus résultant des unions clandestines, proclament la nullité du mariage des mineurs fait sans le consentement des parents. Comme conséquences, aucune juridiction n'est

---

(124) Pierre Bayle, *Dict. historique et critique*, V° Luther, p. 233.

reconnue aux juges d'Eglise, en matière matrimoniale ; ensuite, l'indissolubilité du mariage n'étant plus adoptée comme une règle absolue, le divorce fut admis pour causes déterminées : l'adultère et l'abandon malicieux.

103. Le mariage est considéré comme un contrat, *ordonné par Dieu.* On maintient donc l'élément religieux. La bénédiction nuptiale, si elle n'est pas indispensable pour la validité de l'union, est un pieux usage qui doit se généraliser. Au cas où il serait impossible de la célébrer, par suite de persécutions par exemple, il est recommandé aux fidèles de la remplacer par la lecture de la liturgie du mariage. Toutefois, le pouvoir civil a le droit d'établir des règlements de police sur les formes du contrat et les sujets devront s'y soumettre, en tant qu'ils ne seront pas contraires à la parole de Dieu, dont l'autorité est supérieure à celle du souverain (125).

104. *Edits de pacification.* — Les premières idées de la tolérance civile, bien différente de la tolérance religieuse, durent naître de l'inefficacité des supplices. Le moyen d'adoucir la rigueur des peines décernées contre les hérétiques était d'en laisser le jugement aux cours ecclésiastiques, lesquelles ne peuvent prononcer que des peines spirituelles : les aumônes et les prières.

C'est la TOLÉRANCE CIVILE, le premier pas vers la liberté de conscience, qui fait son apparition au milieu de la société française. On donne aux évêques le jugement d'hérésie. Nulle peine indiquée que la mort. La répression semble être d'une sévérité extrême, c'est ce

---

(125) E. BONIFAS, *Le mariage des protestants depuis la Réforme jusqu'à* 1789, pp. 21-23 (Thèse). Paris, 1901.

Nous devons la communication de cette intéressante thèse au professeur qui a présidé la séance, M. André Weiss ; nous réitérons ici à notre ami tous nos remercîments.

qu'on montrait à l'Espagne. Mais la connaissance du crime étant enlevée aux Parlements, et la peine de mort ne pouvant être prononcée par l'Eglise seule, les protestants n'avaient à craindre que les punitions canoniques.

105. Ce fut sans doute dans cet esprit de modération que le Parlement de Paris, en faisant des rémontrances sur l'édit du 28 novembre 1549, attribuant la connaissance du crime d'hérésie aux juges royaux et ecclésiastiques concurremment, demanda « que, pour le regard » des juges royaux, la concurrence fut entendue, quant » à l'information et au décret seulement, à la charge » que le juge royal, après l'interrogatoire, serait tenu » de rendre l'accusé au juge d'église pour connaître et » juger du dit crime d'erreur ou hérésie simple, procé- » dant plus d'ignorance, erreur, infirmité et fragilité » humaine, légèreté et lubricité de la langue de l'accusé » que de vraie malice de se séparer de l'union de » l'Eglise. »

106. Cette distinction était trop lumineuse pour n'être point adoptée par le chancelier Michel de l'Hospital, surtout dans un moment où les Guise proposaient de livrer la nation aux bourreaux de l'Inquisition. L'ordonnance du mois de mai 1560 qu'il fit rendre à Romorantin « délaisse l'entière connaissance de tout crime d'hé- » résie aux prélats du royaume, les admonestant de » faire résidence dans leurs diocèses, et par leurs » bonnes mœurs, exemple de bonne et sainte vie, prière, » oraisons, prêchement et persuasion, réduire ceux qui » sont en erreur à la voie de la vérité. »

107. Lors de la réunion des Etats-Généraux à Orléans, le 13 décembre 1560, ce grand chancelier, désireux de tarir la source des querelles religieuses, proposa la convocation d'un concile national : *Tu dis que ta religion*

est meilleure, je défends la mienne. Lequel est le plus raisonnable que je suive ton opinion ou toy la mienne? Ou qui en jugera, si ce n'est un sainct concile? Cependant ne remuons rien légèrement, ne mettons la guerre à nostre royaume par sédition, ne brouillons et confondons toutes choses. L'Hospital insista beaucoup sur l'emploi des moyens de douceur à l'égard des Luthériens: *Regardez comment et avec quelles armes vos prédécesseurs, anciens pères, ont vaincu les hérétiques de leur temps; nous devons par tous les moyens essayer de retirer ceulx qui sont en erreur et ne faire comme celuy qui voyant l'homme ou beste chargée dedans le fossé, au lieu de la retirer, luy donne du pied; nous la devons ayder sans attendre qu'on nous demande secours. Qui fait autrement est sans charité : c'est plus haïr les hommes que les vices. Prions Dieu incessamment pour eulx et faisons tout ce que possible nous sera tant qu'il y ait espérance de les réduyre et convertir: la douceur profitera plus que la rigueur. Ostons ces mots diaboliques, noms de parts, factions et séditions, luthériens, huguenots, papistes : ne changeons le nom de Chrestien* (126).

108. A la seconde séance des Etats-Généraux, tenue également à Orléans, le 1[er] janvier 1560 (127), le seigneur de Rochefort prit la parole, au nom de la noblesse, et après avoir fait l'éloge de son ordre, se plaignit que la justice fût passée aux mains du clergé : *Le prêtre doit regarder à son état qui est de prier Dieu et non de courir le long des rues pour solliciter, s'embrouiller des affaires temporelles et du*

(126) *OEuvres de L'Hospital*, par DUFEY DE L'YONNE, t. I, pp. 375, 399, 401.

(127) Il y a lieu de remarquer qu'à cette époque, l'année ne commençait qu'à Pâques.

monde, qu'il ne soit scandale ou fable au peuple, et n'entreprenne des querelles au lieu de chercher et moyenner la paix et se doit contenter d'un revenu pour son entretenement et faire son devoir pour la charge qu'il a prise de prier Dieu, prêcher, enseigner et administrer les autres comme lumières et soleils de la terre.

109. Dans l'espoir « d'apaiser et faire cesser toutes les séditions et tous les troubles provoqués par la malice du temps et la diversité des opinions qui règnent en la religion », le chancelier L'Hospital fit signer par le jeune roi Charles IX, à Saint-Germain-en-Laye, le 17 janvier 1561 (enreg. au Parl. le 6 mars), une déclaration « sur la répression des troubles nés à l'occasion de la religion réformée » (128).

Pour entretenir ses sujets en paix et concorde, « en attendant que Dieu lui fasse la grâce de les pouvoir réunir et remettre en une même bergerie », le roi y garantit aux réformés le libre exercice de leur religion. Il fait défense à tous juges, magistrats et autres personnes que lorsque ceux de la dite religion nouvelle, iront, viendront et s'assembleront pour le fait de leur dite religion, ils n'aient pas à les y empêcher, inquiéter, molester, ni leur courir sus en quelque sorte et manière que ce soit (art. 4).

Les religionnaires seront tenus d'observer les lois politiques, même celles qui sont reçues en l'église catholique, en fait de fêtes et jours chômables et de *mariage* pour dégrès de consanguinité et affinité (art. 9).

Les protestants restaient donc soumis à la même législation que les catholiques, c'est-à-dire qu'aucune formalité, ni aucune cérémonie religieuse n'était nécessaire pour la validité de l'union conjugale ; il suffisait d'un

---

(128) Isambert, t. XIV, p. 124.

simple échange de consentements, ainsi que nous l'avons exposé plus haut (n°s 15 et 27).

110. L'édit de pacification du 19 mars 1562 (129), permet à chacun de vivre et demeurer partout en sa maison librement, sans être recherché, ni molesté, forcé, ni contraint pour le fait de sa conscience ; mais la loi fut presque aussitôt violée qu'accordée. Le parti dominant au Conseil, dirigé par le cardinal de Lorraine et le duc de Guise, chercha à provoquer la révocation de l'édit et à faire arrêter le prince de Condé et l'amiral de Coligny (130). Le plan de la reine mère, Catherine de Médicis, était d'exterminer tous les calvinistes. Elle commença par écarter du Conseil le chancelier L'Hospital, qui, obligé de remettre les sceaux à Morillier, se retira dans ses terres (131). La deuxième guerre civile éclate,

---

(129) Isambert, t. XIV, p. 137.

(130) Michelet a fait de Coligny le beau portrait que voici : « L'œil gris, pensif, contient toutes les souffrances du temps. Ce « qu'il a vu cet œil, de douloureux, d'horrible, qui le dira? Il l'a « vu comment? Non pas en général, de haut, mais dans l'affreux « détail, avec le positif d'un esprit à qui rien n'échappe, qui a « sondé à mort les misères et les hontes de son propre parti » (*Histoire de France*, t. IX, p. 340).

(131) Michel de L'Hospital fut suspendu de fait le 24 mai 1568, démissionnaire avec les honneurs et émoluments, le 1[er] février 1573, mort le 13 mars suivant. Il fut remplacé provisoirement par Jean de Morillier, garde des sceaux sans commission.

Michelet semble n'avoir compris qu'imparfaitement ce beau caractère, cet esprit si élevé. Voici comment il s'exprime : « Légiste, homme de lettres et grand faiseur de vers latins, panégyriste facile des grands, à la mode italienne. C'était un homme absolument nouveau de la magistrature et qui avait cheminé sous terre. Personne ne devinait qu'il fut très honnête et très bon, excellent citoyen. Il était fils d'un médecin, d'un proscrit qui avait suivi le connétable de Bourbon. Le malheur et l'exil l'avaient fort aplati ; au dehors seulement, car le cœur était admirable. Plus que sage et plus que prudent, il était secrètement favorable aux réformés et pourtant le cardinal de Lorraine le croyait son homme ». (*Hist. de France*, t. IX, p. 204.)

on se bat à Saint Denis, à Jarnac, on fait le siège de Poitiers. La *petite paix* intervint par la Déclaration du 23 mars 1568 « pour la pacification des troubles du royaume » ; elle ne dura que quelques mois. Les hostilités recommencèrent au mois de septembre ; la publication de l'édit « qui défend de professer publiquement d'autre religion que la religion catholique, » déclare que les mesures de tolérance des édits précédents avaient été arrachées à la reine mère, *qui pour lors n'estait la plus forte et contre son opinion laquelle a toujours esté chrestienne.* Il est enjoint aux ministres de la religion réformée de sortir du royaume dans la quinzaine de la publication, sous peine de confiscation de corps et de biens.

III. Un deuxième édit du 25 du même mois exclut de l'Université et des offices de judicature les membres de la religion réformée. La persécution religieuse va en croissant ; les protestants se lèvent en armes dans les provinces, sous les ordres de Soubise, Montmorency, le vidame de Chartres, Dandelot et autres gentilshommes de leur parti. Le plus grand nombre se réfugie à La Rochelle sous le commandement du prince de Condé. La guerre dure jusqu'au mois d'août 1570, époque à laquelle fut rendu l'édit de pacification des troubles du royaume. Le roi ordonne l'oubli des querelles qui ont divisé le pays ; il permet le libre exercice de la religion, excepté à la cour et aux environs à deux lieues de circonférence ; il accorde une amnistie générale et la restitution des biens confisqués. Charles IX devenu l'époux d'Elisabeth d'Autriche, marie sa sœur à Henri de Béarn, plus tard Henri IV. Néanmoins le chancelier de L'Hospital ne fut pas rappelé et le parti catholique continua de dominer au Conseil. La paix fut enfin rompue d'une manière tragique, le 24 août 1572, par les massacres de la Saint Barthélemy.

112. Le 30 mai 1574, Charles IX meurt à l'âge de 24 ans et reçoit comme successeur, son frère le roi de Pologne, grand duc de Lithuanie, lequel est sacré et couronné à Reims, le 15 février 1875, sous le nom de Henri III.

Un édit de mai 1576, « sur la pacification des troubles du royaume, les protestants, les religionnaires fugitifs, etc. » assure de nouveau le libre exercice de la religion réformée (132). Il y est fait défense de rechercher ou molester les prêtres et personnes religieuses, à raison de mariage qu'ils auraient pu contracter, « imposant sur ce, silence aux procureurs généraux et autres officiers ».

Néanmoins, les enfants issus des dits mariages peuvent succéder seulement « aux meubles, acquêts et conquêts, immeubles de leurs pères et mères, ne voulant que les dits religieux et religieuses profès puissent venir à aucune succession directe ni collatérale » (art. 9).

Le roi renouvelle l'obligation imposée antérieurement aux réformés de « garder les lois reçues en l'église catholique, pour le fait des mariages contractés et à contracter, ès degrés de consanguinité et affinité, pour éviter aux débats et procès qui s'en pourraient ensuivre, à la ruine de la plupart des bonnes maisons du royaume et dissolution des liens d'amitié qui s'acquièrent par mariages et alliances entre les sujets. » Il n'est pas permis de révoquer en doute « les mariages faits en tiers ou quart degré ». Pour juger de la validité du mariage « fait par ceux de la dite religion, si celui d'icelle est défendeur, en ce cas le juge royal connaîtra du fait du dit mariage, et où il serait demandeur et le défendeur catholique, la connaissance en appartiendra à l'official et juge ecclésiastique » (art. 10).

(132) Isambert, t. XIV, p. 280.

Henri III y déclare à l'article 32 que « les désordres et excès faits le 24 août et jours ensuyvans (Saint Barthélemy) sont advenus à son très-grand regret et déplaisir » (133).

113. En septembre 1577, un nouvel édit confirme en grande partie l'édit précédent, mais le roi conclut en outre à Bergerac, avec les chefs protestants, un traité secret, validant le mariage des prêtres qui avaient violé leurs vœux, tout en maintenant le principe et il leur accorde plusieurs autres avantages que la crainte de blesser la ligue l'empêcha de publier. Ces articles furent reconnus plus tard, dans la Déclaration du 14 mars 1579, faite à la suite du traité conclu le dernier février précédent entre la reine-mère et le roi de Navarre (134).

114. Intervint, en novembre 1579, l'ordonnance de Blois dont l'article 40 ordonne que les sujets du roi, *de quelque état, qualité et condition qu'ils soient*, ne pourront valablement contracter mariage, sans proclamation de bans, etc. Malgré la généralité apparente de ces termes, les religionnaires peuvent contracter un mariage valable, sans être obligés de se présenter devant le curé; ils n'ont qu'à se marier *à leur façon accoutumée*, soit en faisant bénir leur union par leurs ministres (à la mode de Genève), soit en se passant même de toute formalité religieuse (135). La preuve de cette

---

(133) Au témoignage de l'historien Antequil (*Esprit de la ligue*, I, 285), Henri assista cependant au conseil tenu par Charles IX, dans lequel le massacre fut résolu. — Selon Voltaire, ce furent Philippe II, le Vatican, Charles IX, Catherine, les de Guises, tout le catholicisme, en un mot, qui s'entendirent pour préparer de loin ce grand massacre. (*Le massacre de la Saint Barthélemy*, Rev. Britannique, 1836, t. I, p. 106.)

(134) Isambert, t. XIV, pp. 330, 377.

(135) L. Beauchet, *Nouv. Rev. Hist.*, 1882, p. 653; E. Bonifas, *op. citat.*, p. 48.

exception résulte avec force de l'édit de Nantes, dont l'article 23 oblige seulement ceux de la religion réformée à garder les lois de l'Eglise catholique relativement aux degrés de consanguinité et d'affinité. C'est donc reconnaître que les autres lois de l'Eglise demeurent étrangères aux dits réformés.

115. *Edit de Nantes*, 1598. — Les luttes sanglantes, barbares (136), engendrées par les querelles religieuses, firent place à un immense désir de paix. Le cri devint général : la paix à tout prix. « Tout ce que je désire », écrit ETIENNE PASQUIER, « est une paix, c'est la première, la seconde, c'est la dernière partie de mes opinions. Je souhaite une bonne paix » (137). *La paix! Bénis soient ceux qui la procurent et la demandent*, s'écriait en 1593, un peuple amassé pour voir sortir de Paris les catholiques modérés allant conférer avec les catholiques du parti du roi.

L'impuissance des guerres de religion finit par convaincre les esprits les plus passionnés de la nécessité de la tolérance. Henri IV arriva à son heure; il se fit l'organe de ce besoin universel (138). Politique clairvoyant, il y vit la seule condition du salut de la France. Dès son avènement au trône, le 2 août 1589, tous ses efforts tendent à rétablir l'ordre et la paix. Au mois d'avril 1598, secondé par son chancelier Cheverny, il promulgua à Nantes le fameux édit (suivi des articles secrets), sous la protection duquel les protestants

---

(136) Les querelles de théologiens sont devenues des guerres de cannibales; elles rendirent la fin du XVI[e] siècle affreuse (VOLTAIRE, *Essai*, ch. 128).

(137) PASQUIER, *op. cit.*, X, 6.

(138) Déjà, en 1577, il écrivait : « Je désire tant le repos et paix de ma patrie que je ferai mentir tous ceux qui m'ont voulu calomnier et faire entendre le contraire » (*Lettres de Henri IV*, t. I, p. 147).

vécurent jusqu'à sa révocation, par Louis XIV, en octobre 1685 (139).

116. Henri IV commence par rendre grâces à Dieu de lui avoir donné la vertu et la force de résister aux effroyables troubles et désordres qui, lors de son avènement au trône, déchiraient le royaume. Il est de son devoir et pouvoir de parfaire l'œuvre de paix et de tranquille repos. Les derniers troubles ayant donné de nouvelles appréhensions relativement à l'exercice de la religion des réformés, la liberté de leurs consciences et la sûreté de leurs personnes et fortunes, il estime ne pouvoir mieux employer le repos qu'il a plu à Dieu de lui accorder, qu'à vaquer à ce qui peut concerner la gloire de son saint nom et service et pourvoir qu'il puisse être adoré et servi par tous ses sujets.

Pour ces causes, déclare et ordonne :

1° Que la mémoire de toutes choses passées, depuis le commencement du mois de mars 1585 jusqu'à son avènement à la couronne, demeure éteinte et assoupie, comme de chose non avenue, avec défense aux procureurs généraux d'en faire mention ou poursuivre à raison des faits survenus lors des dits troubles ;

2° Que ses sujets, de quelque état et qualité qu'ils soient, ne peuvent s'attaquer ni s'injurier, ni se provoquer l'un l'autre par reproche de ce qui s'est passé, mais doivent se contenir et vivre paisiblement ensemble comme frères, amis et concitoyens, sous peine d'être punis comme infracteurs de paix et perturbateurs du repos public ;

3° Que la religion catholique, apostolique et romaine sera remise et rétablie en tous lieux et endroits du royaume.

---

(139) Isambert, t. XV, pp. 170, 200.

L'article 6 permet à ceux de la dite religion prétendue réformée de « vivre et demeurer par toutes les villes et lieux du royaume sans être enquis, vexez et molestez ny adstraints à faire chose par le faict de la religion contre leur conscience, ne pour raison d'icelle estre recherchez ès maisons et lieux où ils voudront habiter, en se comportant au reste, selon qu'il est contenu en notre présent édict. »

117. Aux termes de l'article 23, « ceux de la dite religion prétendue réformée seront tenus de garder les lois de l'église catholique, apostolique et romaine, reçues en cestuy nostre royaume pour les faicts de mariages contractez et à contractez ès degres de consanguinité et affinité. »

Mais l'article 40 des articles secrets, dérogeant au droit canon, leur permet de s'unir « au tiers ou quart degré ». La prohibition n'existait plus qu'en second degré ou de second au tiers (entre cousins germains et sous-germains). Pour contracter à ces degrés, il fallait une dispense. Comme on avait attribué au pouvoir séculier tous droits sur cet objet pour le mariage des protestants, c'est le souverain qui se réserve la faculté d'accorder la dispense, scellée par le chancelier (140).

(140) « Sa dite majesté ne veut aussi que ceux de la dite religion, qui auront cy-devant contracté ou contracteront cy-après mariages au tiers et quart degré, en puissent être molestez, ni la validité des dits mariages révoquée en doute ; pareillement la succession ôtée ni querellée aux enfants, nez ou à naître d'iceux ; et quant aux mariages qui pourraient être jà contractez en second degré, ou du second au tiers entre ceux de la dite religion, se retirans devers sa dite majesté, ceux qui seront de la dite qualité, et auront contracté mariage en tel degré, leur seront baillées telles provisions qui leur seront nécessaires, afin qu'ils n'en soient recherchez ni molestez, ni la succession querellée ni débattue à leurs enfans ». ISAMBERT, t. XV, p. 206. — MALESHERBES, *Second mémoire sur le mariage des protestants*, p. 132. (Paris, 1786.)

118. Le 41ᵉ article confirme la règle de compétence et attribue aux juges royaux la connaissance des mariages entre réformés. Si l'une des parties était catholique et l'autre religionnaire, le tribunal compétent était celui du défendeur, selon le cas donc, l'official ou le juge royal (141).

Il est établi au Parlement une chambre composée d'un président et de seize conseillers, laquelle sera appelée et intitulée la Chambre de l'édit, et connaîtra des causes et procès des réformés (art. 30).

119. Une ère nouvelle semble s'ouvrir pour la France. La législation relative au droit matrimonial ne cesse de s'améliorer en faveur des protestants. Une grande tolérance s'établit et fréquentes sont les alliances entre catholiques et réformés, malgré les dispositions sévères des consistoires interdisant les unions mixtes.

Le mariage de Mᵐᵉ Catherine, sœur unique du roi Henri IV, avec le marquis du Pont, prince de Lorraine, duc de Bar, avait été différé sur les difficultés de savoir comment il serait solennisé, si ce serait à l'église catholique ou par des ministres de la religion réformée. Un dimanche matin, le dernier jour de janvier 1599, le roi commanda à Monsieur l'Archevêque de Rouen de les unir en son cabinet par paroles de présent. Sur le refus qu'il en faisait, alléguant que les ordonnances défen-

(141) « Pour juger de la validité des mariages faits et contractés par ceux de la dite religion et décider s'ils sont licites, si celui de la dite religion est défendeur, en ce cas le juge royal connaîtra du fait du dit mariage, et où il serait demandeur et le défendeur catholique, la connaissance en appartiendra à l'official et juge ecclésiastique; et si les deux parties sont de la dite religion, la connaissance appartiendra aux juges royaux; voulant sa dite majesté que pour le regard des dits mariages, et différends qui surviendront pour iceux, les juges ecclésiastiques et royaux, ensemble les chambres établies par son édit, en connaissent respectivement » (ISAMBERT, t. XV, p. 207).

daient d'admettre au sacrement de mariage les parties, sans y observer les solennités accoutumées, Sa Majesté repartit que sa présence suppléait à tout autre solennité et que son cabinet était un lieu sacré : et sur ce, le dit sieur Archevêque, ouï le consentement des mariés, leur donna la bénédiction nuptiale, en présence et à la réquisition du roi (142). PIERRE DE L'ESTOILE rapporte que le dimanche précédent avaient été publiées « les premières annonces du mariage d'entre Madame, sœur du Roy, et le marquis du Pont, fils aisné de M. de Lorraine. Pour Madame, elles furent faites en sa maison, au commencement du presche qui s'y fist, qui estait en sa paroisse ; pour le prince de Lorraine, dans l'église de St-Germain l'Auxerrois » (143).

120. Sous le règne de Henri IV, les protestants jouissent d'un régime privilégié; ils se marient devant les pasteurs et ne sont tenus d'observer les prescriptions de l'église romaine que pour les empêchements de consanguinité et d'affinité ; même ces empêchements sont restreints, en leur faveur. Pour la publication des bans et la tenue des registres, les ministres sont assimilés aux curés.

121. Le mariage étant considéré comme contrat civil, il eut été logique de donner au magistrat les fonctions purement civiles de recevoir l'engagement et de tenir les registres de mariage.

Il se conçoit que par un sentiment de piété, le souverain (devenu catholique) n'enlevait pas ces fonctions aux

(142) FEVRET, *Traité de l'Abus*, t. II, p. 3 (1778); en note : « *Sunt superis sua jura*. C'est ainsi qu'un testament est valable sans y garder les formalités ordinaires, lorsqu'il est fait en présence du prince, *quæ omnem supplet ulteriorem solemnitatem*. »

(143) *Mémoires-journaux* de PIERRE DE L'ESTOILE, t. VII, p. 163 (d'après E. BONIFAS, p. 29).

curés, représentants de la religion dominante. Mais quelle raison y avait-il d'attribuer ces mêmes fonctions aux représentants d'une religion que l'on tolérait, parce qu'on n'avait pu la détruire ?

Si l'on en croit MALESHERBES, Henri IV désirait « augmenter l'autorité des pasteurs pour diminuer celle des guerriers. » Il était prudent de ne pas mécontenter les généraux qui conduisaient les Huguenots à la guerre, ni les ministres qui présidaient à l'exercice de la religion. Il valait mieux, pour la pacification, accroître l'influence des chefs religieux, en étendant leurs attributions (144).

122. A ce mariage nouveau, ce mariage-*contrat*, ne pouvait plus s'appliquer une législation matrimoniale faite pour un mariage-*sacrement*.

Il se forma donc graduellement un droit ecclésiastique réformé. Sur ce point, les réformateurs innovèrent peu. Les règles furent établies, d'après l'écriture sainte, par les synodes et les autres corps ecclésiastiques. Les résultats de leurs délibérations furent consignés dans la compilation, connue sous le nom de *Discipline ecclésiastique des églises réformées de France*.

123. Il n'existe aucune prescription sur l'âge. Il semble qu'à cet égard, les consistoires se montraient encore moins exigeants que le clergé catholique, ils toléraient les mariages d'enfants. Les Mémoires-Journaux de PIERRE DE L'ESTOILE renseignent le mariage, à Charenton, de la fille de M. le comte de Crequy, âgée de neuf à dix ans seulement avec le marquis de Rosni, fils de M. le duc de Sully (145).

---

(144) MALESHERBES, *Mémoire sur le mariage des protestants*, p. 33 (1785); BONIFAS, p. 52.
(145) BONIFAS, p. 27.

124. Le droit canon considère comme simple empêchement prohibitif, le mariage entre personnes de culte différent, pourvu que l'hérétique ait été baptisé. Le baptême, étant la porte des sacrements, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir de sacrement de mariage entre gens qui ne sont pas baptisés. Les protestants n'admettaient aucune distinction de ce genre et interdisaient d'une manière absolue les mariages mixtes, ou, comme on les appelait, les mariages *bigarrés*.

125. Depuis la mort de Henri IV jusqu'à l'avènement de Louis XIV, aucune entrave n'est apportée au mariage des réformés.

En 1629, Louis XIII confirme à Nîmes toutes les lois qui assuraient à ceux qui professaient la religion P. R., leur culte, leur état et leur légitimité. Les prescriptions de la Déclaration de 1639, obligeant les partis à s'unir publiquement dans les liens du mariage, suivant la forme pratiquée à l'Eglise (voyez n° 68), ne sont pas appliquées aux réformés. De plus, la jurisprudence tenait compte des déclarations de mariages consignées sur les registres des ministres, bien qu'aucune loi ne leur accordât la force probante (146).

126. Les questions relatives au lien matrimonial se traitaient devant des tribunaux ecclésiastiques, appelés *Consistoires*. L'appel de leurs jugements était réservé au Prince et aux membres de son Conseil. Par les traités de paix, quelques-uns de ces consistoires ont été conservés en France (147). Ils décidaient des causes matrimoniales suivant leur discipline. Ainsi, ils prononçaient

---

146) Bonifas, p. 53.

(147) Pour les détails, voyez Le Ridant, *Code mu trimonial*, p. 449 (Paris, 1770).

le divorce pour cause d'adultère ou de désertion malicieuse (148).

127. Ces pratiques finirent par porter ombrage au clergé français. Par arrêt du Conseil d'Etat du 18 septembre 1664, « fait, Sa Majesté défenses aux ministres, consistoires, colloques et synodes de la dite religion P. R., d'entreprendre de juger de la validité des mariages faits et contractés par les dits de la religion P. R., ni décider s'ils sont licites que conformément à l'article 40 des particuliers de l'édit de Nantes. » (149).

Quelques jours plus tard intervient un nouvel arrêt, du 22 septembre, obligeant les pasteurs de tenir registre des baptêmes et des mariages et d'en fournir de trois en trois mois un extrait au greffe des bailliages. On y insère, *in fine*, une défense aux dits « ministres de faire aucun mariage entre catholiques et réformés, lorsqu'il y aura opposition, jusqu'à ce que la dite opposition ait été vidée. » (150).

128. Les prétentions du clergé suivent la marche usuelle, en augmentant elles deviennent plus pressantes Dès l'année 1665, le roi est très humblement supplié de réformer l'abus qu'entraînaient les unions entre catholiques et protestants (151).

Enfin, en 1680, lors d'une réunion à Saint-Germain-en-Laye, le roi est de nouveau très humblement supplié

---

(148) On ne s'accordait pas sur les causes légitimes de divorce. Suivant CALVIN, il y a quatre causes de divorce : l'adultère, la longue absence, le *disparitas cultus* et l'incompatibilité d'humeur. D'autres y ajoutaient les sévices et mauvais traitements, le refus obstiné de ce que les conjoints se doivent l'un à l'autre (BONIFAS, p. 35).

(149) *Mémoires du clergé*, t. I, p. 1326. Pour le texte de l'article 40, voyez n° 117 ci-dessus.

(150) *Mémoires du clergé*, t. I, p. 1356.

(151) *Recueil des Remontrances du clergé*, p. 718.

de déclarer nuls pareils mariages et, au mois de novembre de la même année, Colbert fait publier un édit « portant défenses aux catholiques de contracter mariage avec ceux de la religion prétendue réformée » (*Code matrimonial*, p. 131).

Les canons des conciles ayant condamné les mariages des catholiques avec les hérétiques, comme un scandale public et une profanation du sacrement, le roi estime de toute nécessité d'y former obstacle; il reconnaît que la tolérance de ces mariages expose ses sujets à une tentation continuelle de se pervertir. En conséquence, à l'avenir, les sujets de la religion catholique, apostolique et romaine ne peuvent, sous quelque prétexte que ce soit, contracter mariage avec ceux de la religion prétendue réformée; tels mariages sont déclarés non valablement contractés et les enfants à naître, réputés illégitimes.

129. *Révocation de l'édit de Nantes*, 1685. — La religion protestante est proscrite et l'exercice de cette religion, prohibé. Louis XIV permet seulement aux protestants, « *qui ne s'étaient point encore convertis de demeurer dans le royaume, d'y faire leur commerce et d'y jouir de leurs biens, en attendant qu'il plût à Dieu de les éclairer.* »

Les lois ne leur donnent plus une forme particulière pour se marier, elles ne veillent plus d'une manière directe sur leurs mariages. Aucune loi toutefois ne les oblige de se marier *en face de l'Eglise*, comme les catholiques. Mais s'ils peuvent rester dans le royaume, y jouir de tous les droits attachés à la liberté civile, peuvent-ils, à plus forte raison, y jouir de la liberté naturelle de se marier au gré de leur conscience, que le souverain n'avait point l'intention de forcer ? Dès lors, tout mariage contracté de bonne foi entre protestants

n'est-il pas valide, pourvu qu'il fût d'ailleurs conforme aux principes de la bonne morale et que le droit commun et des gens eût été respecté? C'est ce que des jurisconsultes éminents n'hésiteront pas à soutenir un siècle plus tard (152).

130. Le roi, après avoir supprimé et révoqué l'édit de son aïeul du mois d'avril 1598, en toute son étendue, ensemble les articles particuliers arrêtés le 2 mai ensuivant, déclare :

« Voulons et nous plaît, que tous les temples de ceux de la dite religion prétendue réformée, situés dans notre royaume, pays, terres et seigneuries de notre obéissance soient incessamment démolis.

» Défendons à nos dits sujets de la religion prétendue réformée, de plus s'assembler pour faire l'exercice de la dite religion, en aucun lieu ou maison particulière, sous quelque prétexte que ce puisse être, même d'exercices réels ou de bailliages, quand bien les dits exercices auraient été maintenus par des arrêts de notre conseil.

» Enjoignons à tous ministres de la religion prétendue réformée, qui ne voudraient pas se convertir et embrasser la religion catholique, apostolique et romaine, de sortir de notre royaume et terres de notre obéissance, quinze jours après la publication de notre présent édit, sans pouvoir séjourner au-delà, ni pendant le dit temps de quinzaine faire aucun prèche, exhortation, ni autre fonction, à peine de galères.

» A l'égard des enfants qui naîtront de ceux de la dite religion prétendue réformée, voulons qu'ils soient dorénavant baptisés par les curés des paroisses.

» Enjoignons aux pères et mères de les envoyer aux

---

(152) Voyez notamment la consultation de PORTALIS (en 1770), dont il sera parlé plus loin, ***sur la validité des mariages des protestants en France.***

églises à cet effet là, à peine de 500 livres d'amende et de plus grande, s'il y échet. Et seront ensuite les enfants élevés en la dite religion catholique, apostolique et romaine, à quoi nous ordonnons bien expressément aux juges des lieux de tenir la main.

« Pourront au surplus les dits de la religion prétendue réformée, en attendant qu'il plaise à Dieu de les éclairer comme les autres, demeurer dans les villes et lieux de notre royaume, pays et lieux de notre obéissance, et y continuer leur commerce et jouir de leurs biens, sans pouvoir être troublés ni empêchés sous prétexte de la dite religion prétendue réformée, à condition, comme dit est, de ne point faire d'exercice, ni de s'assembler sous prétexte de prières ou de culte de la dite religion, de quelque nature qu'il soit, sous les peines de confiscation de corps et de biens. »

131. La révocation de l'édit de Nantes et les faits postérieurs déterminèrent la plupart des protestants à quitter leur patrie et à se réfugier à l'étranger (153). Les émigrations devenaient de jour en jour plus fréquentes, elles menaçaient l'Etat et l'affaiblissaient sensiblement; il fallut remédier au mal et prévenir une désertion générale.

Le prince, par une loi expresse — la Déclaration du 13 septembre 1699 — défendit à tous sujets encore engagés dans la religion prétendue réformée de sortir à l'avenir du royaume, sous peine, pour les hommes, des galères à vie, et pour les femmes, d'être récluses dans les lieux qui seraient ordonnés par les juges.

Le souverain laisse pourtant subsister les institutions

---

(153) Des huguenots français fondèrent, dans l'Amérique du Nord, la ville de New-Rochelle (E. Stocquart, *L'organisation judiciaire de New-York au XVII[e] siècle, ses premiers colons et la fondation de New-Rochelle*, Belg. Jud., 1900, col. 1297).

religieuses sur le mariage, sans établir aucune forme particulière pour les protestants *non réunis à l'Eglise.* Mais il ne déclare pas formellement qu'il entend désormais les soumettre à des lois qui, jusque là de son aveu, leur avaient été étrangères.

Il paraît même fort éloigné de faire une disposition pareille, puisque l'article 15 de la Déclaration du 14 mai 1724, qui est la dernière loi portée sur cette matière, n'ordonne l'exécution expresse des ordonnances, édits et déclarations sur le fait des mariages, qu'aux catholiques et aux sujets nouvellement réunis à la foi catholique (154).

On n'y voit aucune mention des mariages de ceux qui n'ont pas encore ouvert les yeux à la vérité et dont on ne pouvait pourtant à cette époque se dissimuler ni l'existence, ni le nombre.

132. Un usage qui s'établit assez généralement fut de faire bénir les unions *solo consensu* par les vieillards, chefs de famille, en attendant la bénédiction nuptiale par quelque ministre caché. A partir de 1715, dans le midi surtout, les mariages se célèbrent devant les pasteurs, dans des assemblées tenues dans les bois et les campagnes. On les appela : mariages au *désert.*

Les conséquences de ces unions étaient souvent désastreuses ; leur validité, fort discutée, laissait en suspens l'état de plusieurs milliers de familles.

133. *Fin de l'Ancien Régime.* — Le clergé continuait à gouverner les consciences de toute la France.

---

(154) « Voulons que les ordonnances, édits et déclarations des rois, nos prédécesseurs, sur le fait des mariages, et nommément l'édit du mois de mars 1697 et la déclaration du 19 juin de la même année soient exécutés selon leur forme et teneur, par nos sujets nouvellement réunis à la foi catholique comme par tous nos autres sujets. »

Dans les villes où l'incrédulité avait occupé le plus d'esprits, il y avait peu de personnes en vue qui s'exemptassent franchement d'assister à la messe et de faire les communions exigées par l'Eglise.

De 1685, date de la révocation de l'édit de Nantes, jusqu'à la fin du règne de Louis XIV, il fut admis qu'il n'existait pas un hérétique dans le royaume et si quelqu'un se montrait, l'autorité le chassait comme une bête fauve. La Régence fut un moment plus tolérante. Cependant, dès 1717, une assemblée de 74 personnes ayant été surprise à Andure, les hommes furent envoyés aux galères et les femmes emprisonnées pour la vie. Un arrêt du conseil du 22 avril 1723 ordonna l'entière démolition des lieux de réunion qui avaient pu être élevés récemment et la plantation d'une croix sur leurs débris. En 1762 fut exécuté, mais pour la dernière fois, un ministre de l'Evangile (155).

N'ayant plus aujourd'hui qu'une religion en France, écrit POTHIER, les mariages n'y pouvant être valablement contractés qu'en face d'Eglise, et les personnes qui les contractent étant par conséquent présumées catholiques, l'édit de novembre 1680, ne peut plus avoir aujourd'hui d'application (156).

134. Les philosophes du XVIII[e] siècle dégageant de plus en plus l'idée de liberté de conscience, proclament le droit de contracter mariage, commun et applicable à tous les hommes, sans distinction de croyances. Afin de donner satisfaction à tous, des écrivains judicieux demandaient pour les protestants, la possibilité de s'unir légitimement, sans devoir faire acte d'adhésion apparente ou réelle à la religion catholique. TURGOT

---

(155) PAUL BOITEAU, *Etat de la France en* 1789, p. 218-219 (2[e] édition).

(156) POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, n° 251.

défendait la tolérance civile dans le *Conciliateur* : « Je ne prétends pas obliger les évêques à donner un sacrement malgré eux ; c'est un bien dont je leur laisserai toujours l'administration ; mais je voudrais que ce ne fût ni le sacrement de baptême, ni celui du mariage qui fixât l'état civil des citoyens » (157). Désireux d'assurer le respect de la liberté de conscience de chacun, il semble préconiser, dans ce but, la séparation de l'Eglise et de l'Etat.

135. MALESHERBES reprit ces idées dans ses deux *Mémoires sur le mariage des protestants*. Il s'applique à démontrer : 1° que le refus de l'état civil aux protestants n'avait jamais été dans l'intention de Louis XIV ; 2° que la justice et l'ordre public étaient intéressés à assurer aux non-catholiques la faculté de contracter valablement mariage. Les attributions de l'Eglise en cette matière ne pouvaient y faire obstacle, elles résultaient d'une concession de l'Etat pour tout ce qui concernait l'engagement civil. La réforme devait consister à établir une forme commune à tous les non-catholiques, et pas uniquement particulière aux protestants ; il fallait faire, en effet, que ceux-ci fussent « une secte dans l'Eglise et non pas un parti dans l'Etat ».

136. Des jurisconsultes éminents, tel PORTALIS, comptaient sur un changement de jurisprudence. Ils soutenaient que, d'après les lois existantes, le mariage par simple échange de consentement des réformés était valable. Dans une consultation, délibérée à Aix en Provence, le 20 octobre 1770, PORTALIS et son ami PAZERI, examinent, à la demande du duc de Choiseul, alors ministre, la validité du mariage des protestants en France.

---

(157) TURGOT, *OEuvres*, t. II, p. 698.

Le mariage est un contrat du droit naturel, indépendant du sacrement qui le sanctifie; il a pour but la formation des familles qui composent la société; il a droit à la protection des lois, du moment qu'il n'a pas été formé par caprice et qu'il a été publiquement contracté : la morale et l'ordre public l'exigent également (158).

137. Dans un discours, tenu le 15 décembre 1778, à l'assemblée des Chambres du parlement de Paris, M. DE BRÉTIGNIÈRES estima à plus de 400,000 les mariages célébrés au désert « source féconde de procès scandaleux » (159). Pareilles unions, célébrées par des ministres rentrés en France au péril de leur vie, étaient destituées des effets civils. C'est ce qui faisait dire plus tard au procureur général DUPIN, en 1841 : « Pour les protestants qui ne voulaient pas abjurer ou mentir à Dieu et aux hommes, il n'y avait pas de famille. »

La jurisprudence plus humaine que les édits, avait quelquefois égard à la possession d'état. L'avocat général SERVAN venait de faire entendre sa voix ardente dans son éloquent plaidoyer en faveur d'une femme

(158) *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil, par Jean-Etienne-Marie Portalis*, p. 441; VOLTAIRE, auquel la consultation fut communiquée, en porta un jugement flatteur : « Ce n'est point là une consultation, c'est un véritable traité de philosophie, de législation et de morale publique ». Ajoutons que, au moment où PORTALIS fut consulté, il était âgé seulement de 24 ans.

(159) Eloge de MALESHERBES, discours de rentrée de la cour de cassation, *Réquisitoires, plaidoyers et discours prononcés par M. Dupin*, t. IV, p. 119; BONIFAS, p. 129.

M. DE BRETIGNIÈRES demandait pour les réformés ce qu'on accordait aux juifs dans toute l'étendue du royaume, ce que les princes protestants ne refusèrent jamais aux catholiques, ni les empereurs eux-mêmes aux chrétiens qu'ils persécutaient : un moyen légal d'assurer l'état de leurs enfants.

protestante (160). Ce plaidoyer et la consultation de Portalis (161) exercèrent la plus grande influence sur la jurisprudence qui s'établit à cette époque (162) et qui eut pour dernier résultat l'édit de 1787.

138. Le désastre des finances de l'Etat appela au pouvoir le protestant Necker. En 1781, les hérétiques obtinrent que l'on tolérerait l'exercice de leur culte. En 1787, La Fayette demanda aux notables de faire un pas de plus et de rendre aux protestants l'état civil. La Luzerne, évêque de Langres, appuya cette motion, en disant qu'il aimait mieux des temples que des prêches. Enfin, Rulhière fut chargé d'écrire le mémoire célèbre qui a précédé l'édit de 1787. Dix-sept voix dans le Parlement de Paris protestèrent contre l'enregistrement de cet édit réparateur, mais l'ancien régime avait vécu.

L'état civil fut définitivement rendu aux protestants; les juges civils sont autorisés, en cas de refus par les curés, à dresser leurs actes de naissances, de mariages et de décès.

Les institutions civiles et les institutions religieuses continuent à être intimement unies. Mais la loi morale se perfectionne dans les consciences d'élite, et à mesure qu'elle se perfectionne, tend à se détailler dans des règlements nouveaux. Des magistrats éminents et beaucoup de bons esprits reconnaissaient que ces institutions

---

(160) *Discours de M. Servan, avocat général, au parlement de Grenoble, dans la cause d'une femme protestante* (Genève et Grenoble, 1767); Le Ridant, *op. cit.*, p. 857.

(161) « La bonne foi connue et constatée des conjoints doit suffir pour légitimer les mariages des protestants de France » (Portalis, *op. citat.*, p. 450).

(162) Sur la jurisprudence, voyez Bonifas, p. 120, note 1. « Souvent des hommes parjures implorent le secours de la justice pour rompre des nœuds formés sous la bonne foi » (*Discours de de Brétignières au Parlement de Paris*).

pouvaient être séparées. Ils avaient demandé que l'état civil fût indépendant du culte. Ce changement rencontrait de grands obstacles.

139. *Edit de Louis XVI*, 1787. — Le 17 novembre 1787, l'édit « concernant ceux qui ne font pas profession de la religion catholique » est signé à Versailles. La forme civile du mariage est inscrite dans la loi, mais dans l'intérêt des protestants seulement, le mariage catholique demeurant la règle. Cet édit, en donnant un état civil aux protestants, leur accorde le droit d'avoir désormais une famille légitime.

Deux jours après l'avoir signé, le Roi fit apporter l'Edit au Parlement. Le garde des sceaux, CHRÉTIEN-FRANÇOIS DE LAMOIGNON, en présence de Louis XVI et de ses frères, exposa les considérations qui avaient décidé le gouvernement à donner un état civil aux non-catholiques.

140. Contrairement à toute attente, le Parlement ne se prêta pas à l'enregistrement immédiat. Pendant plus de deux mois, sous divers prétextes, il remit l'examen de l'édit, de séance en séance. Il invoqua d'abord l'absence des princes et des pairs; puis il discuta le titre et finit par renvoyer le tout à une commission. Le Roi perdit enfin patience ; il fit appeler le premier président d'Aligre et exprima le désir « que l'on y travaillât de suite, afin de finir promptement l'affaire ». Le Parlement, ainsi mis en demeure, décida le 11 janvier 1788 de faire des remontrances. Celles-ci furent arrêtées le 18 janvier et portées à Versailles le dimanche 20 janvier. Louis XVI ne se laissa pas arrêter par des remontrances et maintint la forme civile du mariage.

141. Le préambule de l'édit nous fait connaître les motifs qui ont déterminé le Roi à publier cette nouvelle réglementation du lien conjugal :

« Lorsque Louis XIV défendit solennellement dans tous les pays et terres de son obéissance, l'exercice public de toute autre religion que la religion catholique, l'espoir d'amener ses peuples à l'unité si désirable du même culte, soutenu par de trompeuses apparences de conversions, empêcha ce grand roi de suivre le plan qu'il avait formé dans ses conseils, pour constater légalement l'état civil de ceux qui ne pouvoient pas être admis aux sacrements de l'église; à l'exemple de nos augustes prédécesseurs, nous favoriserons toujours de tout notre pouvoir les moyens d'instruction et de persuasion qui tendront à lier tous nos sujets par la profession commune de l'ancienne foi de notre royaume, et nous proscrirons, avec la plus sévère attention, toutes ces voies de violence, qui sont aussi contraires aux principes de la raison et de l'humanité, qu'au véritable esprit du christianisme.

» Mais, en attendant que la divine Providence bénisse nos efforts et opère cette heureuse révolution, notre justice et l'intérêt de notre royaume ne nous permettent pas d'exclure plus longtemps, des droits de l'état civil, ceux de nos sujets ou des étrangers domiciliés dans notre empire, qui ne professent point la religion catholique. Une assez longue expérience a démontré que ces épreuves rigoureuses étoient insuffisantes pour les convertir : nous ne devons donc plus souffrir que nos lois les punissent inutilement du malheur de leur naissance, en les privant des droits que la nature ne cesse de réclamer en leur faveur. Nous avons considéré que les protestants, ainsi dépouillés de toute existence légale, étoient placés dans l'alternative inévitable, ou de profaner les sacrements par des conversions simulées, ou de compromettre l'état de leurs enfants, en contractant des mariages frappés d'avance de nullité par la législation de notre royaume. Les ordonnances ont même sup-

posé qu'il n'y avoit plus que des catholiques dans nos Etats; et cette fiction, aujourd'hui inadmissible, a servi de motif au silence de la loi, qui n'auroit pu reconnaître en France des prosélytes d'une autre croyance, sans les proscrire des terres de notre domination, ou sans pourvoir aussitôt à leur état civil. Des principes si contraires à la prospérité et à la tranquillité de notre royaume, auroient multiplié les émigrations, et auroient excité des troubles continuels dans les familles, si nous n'avions pas profité provisoirement de la jurisprudence de nos tribunaux, pour écarter les collatéraux avides qui disputoient aux enfants l'héritage de leurs pères.

» Un pareil ordre de choses sollicitoit depuis longtemps notre autorité de mettre un terme à ces dangereuses contradictions entre les droits de la nature et les dispositions de la loi. Nous avons voulu procéder à cet examen avec toute la maturité qu'exigeoit l'importance de la décision. Notre résolution étoit déjà arrêtée dans nos conseils, et nous nous proposions d'en méditer encore quelque temps la forme légale ; mais les circonstances nous ont paru propres à multiplier les avantages que nous espérons de recueillir de notre nouvelle loi, et nous ont déterminé à hâter le moment de la publier. S'il n'est pas en notre pouvoir d'empêcher qu'il n'y ait différentes sectes dans nos Etats, nous ne souffrirons jamais qu'elles puissent y être une source de discorde entre nos sujets. Nous avons pris les mesures les plus efficaces pour prévenir de funestes associations. La religion catholique que nous avons le bonheur de professer, jouira seule, dans notre royaume, des droits et des honneurs du culte public, tandis que nos autres sujets non catholiques, privés de toute influence sur l'ordre établi dans nos Etats, déclarés d'avance et à jamais incapables de faire corps dans notre royaume, soumis à la police ordinaire pour l'observation des fêtes,

ne tiendront de la loi que ce que le droit naturel ne nous permet pas de leur refuser, de faire constater leurs naissances, leurs mariages et leurs morts, afin de jouir, comme tous nos autres sujets, des effets civils qui en résultent. »

142. Le roi n'entend pas accorder la liberté religieuse, telle que nous la comprenons aujourd'hui; il voulait seulement accorder aux protestants la tolérance civile et leur rendre les droits de famille dont ils avaient été si injustement dépouillés :

« 1. — La religion catholique, apostolique et romaine continuera de jouir *seule*, dans notre royaume, du culte public, et la naissance, le mariage et la mort de ceux de nos sujets qui la professent, ne pourront dans aucun cas, être constatés que suivant les rites et usages de la dite religion autorisée par nos ordonnances.

» Permettons néanmoins à ceux de nos sujets qui professent une autre religion que la religion catholique, apostolique et romaine, soit qu'ils soient actuellement domiciliés dans nos Etats, soit qu'ils viennent s'y établir dans la suite, d'y jouir de tous les biens et droits qui peuvent ou pourront leur appartenir à titre de propriété ou à titre successif, et d'y exercer leurs commerces, arts, métiers et professions, sans que, sous prétexte de leur religion, ils puissent y être troublés ni inquiétés.

» Exceptons néanmoins des dites professions toutes les charges de judicature, ayant provision de nous ou des seigneurs, les municipalités érigées en titre d'office, et ayant fonctions de judicature, et toutes les places qui donnent le droit d'enseignement public.

» 2. — Pourront en conséquence ceux de nos sujets ou étrangers domiciliés dans notre royaume, qui ne seroient pas de la religion catholique, y contracter des mariages dans la forme qui sera ci-après prescrite; voulons que

les dits mariages puissent avoir dans l'ordre civil, à l'égard de ceux qui les auront contractés dans la dite forme, et de leurs enfants, les mêmes effets que ceux qui seront contractés et célébrés dans la forme ordinaire par nos sujets catholiques.

» 3. — N'entendons néanmoins que ceux qui professeront une religion différente de la religion catholique, puissent se regarder comme formant dans notre royaume un corps, une communauté ou une société particulière, ni qu'ils puissent, à ce titre, former en nom collectif aucune demande, donner aucune procuration, prendre aucune délibération, faire aucune acquisition, ni aucun autre acte quelconque. Faisons très expresses inhibitions et défenses à tous juges, greffiers, notaires, procureurs, ou autres officiers publics, de répondre, recevoir ou signer les dites demandes, procurations, délibérations ou autres actes, à peine d'interdiction ; et à tous nos sujets de se dire fondés de pouvoir des dites prétendues communautés ou sociétés, à peine d'être réputés fauteurs et protecteurs d'assemblées et associations illicites, et comme tels, punis suivant la rigueur des ordonnances.

» 4. — Ne pourront non plus ceux qui se prétendoient ministres ou pasteurs d'une autre religion que la religion catholique, prendre ladite qualité dans aucun acte, porter en public un habit différent de celui des autres de la dite religion, ni s'attribuer aucune prérogative ni distinction ; leur défendons spécialement de s'ingérer à délivrer aucuns certificats de mariages, naissances ou décès, lesquels nous déclarons dès-à-présent nuls et de nul effet sans qu'en aucuns cas, nos juges ni autre puissent y avoir égard.

» Faisons pareillement défenses à tous nos sujets ou étrangers demeurant ou voyageant dans nos Etats, de quelque religion qu'ils puissent être, de s'écarter du res-

pect dû à la religion catholique et à ses saintes cérémonies, à peine, contre ceux qui se permettroient en public des actions ou des discours qui y seroient contraires, d'être poursuivis et jugés dans toute la rigueur des ordonnances, et comme le seroient ou devroient l'être en pareil cas ceux de nos sujets qui professent la dite religion. »

143. Les formalités prescrites sont au nombre de deux : la publication des bans et la déclaration du mariage.

La première doit avoir lieu au domicile de chacune des parties et en outre au domicile des pères, mères, tuteurs ou curateurs, si les parties sont mineures (art. 8).

Elle sera faite, au choix des parties, par les curés ou vicaires des lieux où les bans doivent être publiés ou par les officiers de justice des dits lieux. Dans le premier cas, les publications se feront à la porte de l'église, sans faire mention de la religion des contractants. « Seront les dites publications, après qu'elles auront été faites, affichées à la porte des églises » (art. 10) (163). Le curé délivrera aux parties un certificat de publication. Il percevra de ce chef une rétribution dont le montant est déterminé par un tarif, annexé à l'édit : pour un mariage devant le curé, les frais ne s'élevaient qu'à 5 livres, tandis que pour le mariage déclaré devant le juge, dont

---

(163) Le texte primitif portait que la publication se ferait *au prône;* il fut modifié sur les remontrances du Parlement. Celui-ci fit observer que les curés se prêteraient difficilement « à publier dans la chaire de vérité les bans de ceux qui sont dans l'erreur.» Le but de l'option, qui est de permettre un rapprochement entre le non-catholique et le curé, serait ainsi compromis. Le Parlement proposa de faire faire les publications à la porte de l'église et de les afficher ensuite, suivant la règle prescrite à l'article 12, en cas que les parties s'adressent au juge. « La publicité serait la même, peut-être même plus grande » (*Remontrances du Parlement de Paris*, p. 8, d'après BONIFAS, p. 161, note 4).

il va être parlé ci-après, les conjoints doivent acquitter la somme de 7 livres 10 sols.

144. Pourquoi cette différence de 2 livres 10 sols en faveur du mariage catholique? C'était, paraît-il, pour attirer plus sûrement les protestants chez les prêtres par l'appât du bon marché. Le gouvernement n'avait pas abandonné l'idée de ramener les protestants à « l'ancienne foi du royaume »; il voulait se servir des formes et solennités du mariage pour mettre les protestants en contact avec le clergé catholique et donner à celui-ci une occasion propice de les convertir (164).

En cas que les parties ne s'adressent pas au curé, ou en cas de refus de ce dernier, les bans seront publiés les jours de dimanches ou de fêtes commandées, à la sortie de la messe paroissiale, par le greffier de la justice principale du lieu, en présence du juge ou de celui qui sera par lui commis. Une « copie lisible en sera desuite affichée à la porte extérieure de l'église » (art. 12.)

145. L'édit visait surtout les non-catholiques, *tous ceux qui ne font pas profession de la religion catholique* — Luthériens, Calvinistes, Juifs, Anabaptistes et autres — ; il est néanmoins fait en vue des protestants pour mettre fin à leurs incessantes réclamations. Il crée une forme civile de célébration de mariage, ayant les mêmes effets, pour tous les non-catholiques, que ceux résultant de mariages contractés et célébrés dans la forme ordinaire par les sujets catholiques (art. 2).

146. Les parties contractantes, assistées de quatre témoins et munies du certificat constatant les publications et l'absence d'opposition, doivent se transporter,

(164) G. Bourgeois, *Etude sur l'édit de tolérance* (*Revue de droit et de jurisprudence à l'usage des églises protestantes*, t. V, p. 5).

en la maison du curé ou en celle du juge du lieu où l'une des parties a son domicile. Elles déclaraient alors « qu'elles s'étaient prises et se prenaient en légitime et indissoluble mariage et qu'elles se promettaient fidélité.

« Seront aussi tenues les dites parties, en cas qu'elles soient mineures, de représenter le consentement par écrit de leurs pères, mères, tuteurs ou curateurs, duquel les curés ou juges seront tenus de faire mention dans l'acte et déclaration de mariage, le tout, sous les peines prononcées par l'article 20 » (art. 23).

Le curé, vicaire ou juge, déclare alors aux parties, au nom de la loi, qu'elles sont unies en légitime et indissoluble mariage; il inscrira les dites déclarations sur les deux doubles du registre destiné à cet effet et fera mention de la publication des bans. Il fera signer par les parties contractantes, si elles savent signer, et par les témoins (art. 18).

147. Les *dispenses* de publication de bans et de parenté au delà du troisième degré étaient accordées aux non-catholiques par le juge royal. Quant aux degrés antérieurs, les dispenses en étaient expédiées et scellées en la Grande-Chancellerie du Roi (art. 15). Ces dispositions sont conformes à ce qui se pratiquait avant la révocation de l'Edit de Nantes, pour les degrés prohibés (165).

148. La *preuve* de ces mariages était établie par les registres tenus en double par les juges. Les curés inscrivaient ces mariages « sur les deux doubles des registres ordinaires des mariages de leurs paroisses ». Ainsi que nous l'avons vu à l'article 4, il est interdit aux ministres de délivrer des certificats de mariage, le Roi les déclare « dès à présent nuls et de nul effet, sans qu'en aucun cas, les juges royaux ni autres puissent y avoir égard ».

(165) Bonifas, p. 165.

Mais il ne leur est pas défendu de tenir des registres de mariage.

149. Les *unions antérieures* peuvent être régularisées dans le délai d'une année, à partir du jour de la publication et enregistrement de l'Edit par la Cour dans le ressort de laquelle les parties sont domiciliées. Les époux, assistés de quatre témoins, feront une déclaration de mariage devant le curé ou le juge royal du ressort de leur domicile (art. 21 et 22).

150. Les *contestations* relatives aux mariages contractés ou déclarés dans les formes ci-dessus prescrites, seront portées en première instance devant les baillis et sénéchaux du Roi, à l'exclusion de tous autres juges, et, par appel, aux cours de Parlement (art. 24).

151. L'Edit fut mal accueilli par de nombreux catholiques. Certains curés refusèrent de se prêter au rôle de fonctionnaire public qui leur était attribué. L'évêque de la Rochelle alla même jusqu'à défendre aux ecclésiastiques de son diocèse, de participer à la célébration du mariage d'un non-catholique (166). Du reste, cette nouvelle réglementation ne constituait-elle pas un nouvel empiétement du pouvoir royal sur les droits de l'Eglise?

152. Les pasteurs engagèrent leurs fidèles à se conformer à cette forme purement civile de l'union conjugale; d'ailleurs, « aucune des formalités prescrites n'intéressait la conscience ». Il fut néanmoins recommandé aux membres des Eglises de conserver l'usage de la bénédiction nuptiale.

Dans la pratique, les protestants n'usèrent pas de l'option qui leur était accordée; presque tous s'adres-

---

(166) *Réquisitoire ou dénonciation du premier avocat du Roi au siège présidentiel de la Rochelle concernant le mandement de M. l'évêque de la même ville* (d'après Bonifas, p. 169).

sèrent au juge pour faire célébrer ou réhabiliter leur union. On les vit accourir en foule chez les juges royaux, même « des vieillards firent enregistrer avec leurs mariages, ceux de leurs enfants et de leurs petits-enfants » (167).

L'édit de 1787 fut la dernière prescription royale relative aux protestants. C'est une nouvelle étape vers la liberté religieuse et la sécularisation du lien conjugal.

(167) Rabaut, *Répertoire ecclésiastique*, p. 7. — Sur le mariage des protestants d'Alsace, Beauchet, *Nouv. Rev. hist.*, 1882, p. 679; Bonifas, p. 171.

XIV. — Légistes et Parlements.

153. Jusqu'au IX[e] siècle, la liberté politique et la liberté civile se confondent; la race vaincue est régie et jugée par des maîtres. Réduite à un état moyen entre la servitude romaine et une liberté limitée, privée de tout droit politique et en grande partie du droit de propriété, elle semble avoir été destinée par les conquérants au travail et à la culture de la terre. Un fait caractéristique : pour désigner la liberté civile, il n'y avait dans la langue parlée en France d'autre mot que celui de *Frankise* ou *Franchise*, selon les dialectes (*Franchisia* dans les actes latins), le mot *Franc* signifiait, après l'invasion, à la fois libre et puissant (DUCANGE, *Glossaire*). Il y a la séparation des deux peuples jusqu'à l'avènement de la troisième dynastie. La transformation du Franc et du Gallo-Romain commence seulement sous les Capétiens. Il n'y a pas encore de nation homogène.

154. Le vainqueur jouissait à ce titre d'avantages réels : l'exemption de toutes charges pécuniaires, la jouissance des biens réservés au domaine public, l'exercice de la justice entre ses pareils et sur les Gaulois, habitants de ses terres, la liberté d'attaquer et de se défendre à main armée, enfin le droit de voter les lois et de délibérer sur toute espèce de matières, dans l'assemblée générale de la nation.

Comme l'a fait remarquer GUIZOT, à dater du démembrement de l'empire romain, l'état des personnes a été étroitement lié à l'état des terres (168). En principe,

(168) GUIZOT, *Essai sur l'histoire de France*, t. III, *Avant-propos.*

c'est la terre qui fait l'homme d'armes; c'est la terre qui lie le fonctionnaire; elle représente la solde et le traitement, la rémunération de tous les services. On peut dire que toute la société repose sur elle, et que ceux-là seuls qui disposent de la terre, sont une force et une valeur (169). L'homme libre, participant seul à l'exercice du pouvoir politique, possède seul le droit de propriété et ce droit ne comprend pas uniquement le sol, il comprend également les personnes qui l'habitent, les serfs attachés à la glèbe. De là le nom de *Baro, Liber, Dominus* (170).

155. Le grand propriétaire foncier est donc un véritable souverain dans ses domaines (171); il prend part aux délibérations publiques de la nation; en temps de guerre, il est le chef de tous les hommes qu'il mène sous sa bannière (ce seront plus tard les chevaliers bannerets); il ne peut être jugé que par ses pairs et il les juge; il a enfin le droit de guerre privée, ou mieux le droit de vengeance, « forme terrible et pour ainsi dire épidémique » que prend d'abord le besoin de justice » (172).

---

(169) VANDERKINDERE, *La Féodalité*, p. 7.

(170) « Le vrai nom du guerrier », écrit MICHELET, « c'est le « mâle, celui qui a la force virile ; *baro, barl* » (*Origines du droit français*, p. 113).

(171) Le grand domaine est devenu un Etat dans l'Etat, et dans la banqueroute de l'autorité centrale, il répond à sa mission restreinte (VANDERKINDERE, *op. cit.*, p. 13). — Les grands propriétaires laïques jouissaient, dès l'époque gallo-romaine, d'une véritable souveraineté (J. FLACH, *Les origines de l'ancienne France*, t. I, p. 380).

(172) MAETERLINCK, *Le Temple enseveli*, p. 87. Cette étude de haute morale consacre plus de cent pages au principe de *justice*. — « Le premier sujet d'orgueil de l'homme, c'est sa force, et c'est l'instinct de vengeance dont il a le plus de peine à triompher. De là, chez les nations primitives, la solidarité de la famille et de la tribu; de là, au moyen âge, les groupements féodaux. » (GUSTAVE DUCOUDRAY, *Les origines du Parlement de Paris et la Justice au XIIIe et XIVe siècle*, p. 325).

En résumé, chaque petit chef a planté solidement ses pieds dans le domaine qu'il détient. Le bienfaiteur, le sauveur est l'homme qui sait se battre et défendre les autres. La violence appelle la protection, mais la protection, à son tour, engendre la violence. C'est un cercle vicieux qui semble sans issue. Chacun cherchait à se faire sa loi à lui-même et à l'imposer violemment aux autres (173).

Chez les Francs, les droits de l'homme se réduisaient à deux droits fondamentaux : le *Wehre* et le *Mund*, le droit de guerre et le droit de protection, de tutelle et conséquemment de puissance (174).

156. Les serfs, au contraire, sont incapables d'acquérir; ils n'ont droit qu'à un pécule, en flamand *Have*, en allemand *Habe*, lequel, en cas de décès, passe à leur propriétaire. Ils ne peuvent se marier à des personnes d'une autre condition, c'est-à-dire à des Francs ou à des serfs d'un autre seigneur, sous peine de formariage et de confiscation du tiers des meubles et des immeubles situés dans la seigneurie (175).

157. Les affranchis, *libertini*, sortent de ce néant,

---

(173) TAINE, *op. cit.*, p. 9; J. FLACH, *op. cit.*, t. Ier, p. 471.

(174) WARNKOENIG, *Histoire du droit belgique, contenant les institutions politiques et la législation de la Belgique sous les Francs*, p. 40.

(175) Sur les serfs chez les Gaulois et plus tard chez les Francs, DE GOURCY, *Quel fut l'état des personnes en France sous la première et la deuxième race?* pp. 96 et 102 (Paris, 1769). Sur la condition des personnes, ARGOU, *Institution au droit français*, t. I, pp. 4-9 (10e édit., 1771); PERRECIOT, *De l'état civil des personnes et de la condition des terres dans les Gaules*, t. II, p. 129 (édit. 1786); *L'état de la Gaule au Ve siècle et à l'époque de la conquête des Francs.* — Extrait des mémoires d'URIBALD par FOURNEL, t. I, p. 44; GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. II, p. 588.

Les nuances intermédiaires entre la liberté et la servitude se graduaient à l'infini. Voyez, dans DUCANGE et dans GRIMM, les mots *Colonus*, *Barscalus*, *Ligius*.

ils sont capables d'acquérir ce qu'on a appelé longtemps la vile propriété mobilière (*mobilium vilis et abjecta possessio*). De là une conséquence importante, les circonstances les obligent à se livrer au négoce, ce sont les commerçants. Mais ils ne peuvent comparaître personnellement en justice, ils doivent se faire représenter par un patron.

Incapables de posséder des immeubles, ils prenaient les terres à bail, moyennant le *cens*, de là le mot *censier*, qui est encore usité dans certaines parties de la Belgique. L'état d'affranchi se transmettait héréditairement et ce n'était qu'à la quatrième ou cinquième génération que leurs descendants devenaient de vrais hommes libres (176). Les personnes tributaires des abbayes restèrent même toujours affranchies.

L'affranchi ne pouvait se marier sans l'autorisation de son patron, car il n'avait pas la plénitude de l'homme libre ; il restait sous la dépendance de son ancien maître dont il prenait le nom, faisant partie de sa *familia* ; il lui devait respect et obéissance, comme le fils à son père (177).

---

(176) Ce sont les mêmes distinctions que celles établies par TACITE : les nobles, les hommes libres, *ingenui*, les affranchis, *libertini*, et les serfs, *servi* (*De Moribus Germ.*, c. 25). Toutefois, entre les nobles et les hommes libres, il n'y a, sous le rapport du droit, aucune différence essentielle. Les nobles forment la société ordinaire des rois; ils sont ses officiers supérieurs et commandent en temps de guerre. Dans les vieux documents, ils sont appelés *optimes*, *majores*, *seniores* (d'où le mot seigneur), *principes*, *nobiles*, et ceux d'entre eux qui étaient fonctionnaires, *comites*, *duces*. Les rares familles nobles qui ne se sont pas éteintes, ont formé les maisons princières, comme en Belgique, celle du prince de Ligne, et les anciens hommes libres sont devenus les comtes et les barons.

(177) E. LEVASSEUR, *Histoire de la classe ouvrière et de l'industrie en France, avant* 1789, t. I, p. 42 (2e édit.).

Le droit d'aubaine avait en outre exclu du mariage un nombre considérable d'individus, lesquels ne pouvaient se marier qu'avec la permission du prince.

158. Mais peu à peu, le chef suprême des vainqueurs, guidé par un simple instinct d'humanité ou par un grand plan d'ambition, appela autour de lui des juges pris dans la nation des vaincus et donna ainsi le jugement par les pairs à la portion de ce peuple qui lui était échue par héritage (178).

Née donc au moment où les fils des vainqueurs de la Gaule commencèrent à compter les vaincus pour des hommes, la vieille génération des légistes s'éleva comme médiatrice entre deux peuples, dont les différends jusque-là n'avaient eu d'autre arbitre que l'épée.

Dès ce moment, par le seul fait d'une pareille institution, naquirent, entre les sujets et les rois, des rapports moraux. La légalité commença et l'obligation avec elle. Depuis lors ce chef, un maître imposé par la violence, perdit ce caractère brutal, cessa d'être un ennemi ; il devint, pour ces vaincus, ce qu'il avait toujours été pour les vainqueurs, leur *Roi*.

159. Une telle révolution frappa vivement les esprits des hommes qu'elle releva du néant de la servitude ; leur imagination lui supposa des causes merveilleuses, ils rapportèrent à la Divinité même la puissance royale et le titre des nouveaux juges ; ce fut une maxime populaire que les juges étaient institués de Dieu, et que leur mission était sacrée : *Omnis potestas a Deo.*

Ainsi les légistes eux mêmes furent amenés à placer la légalité absolue dans les actes quelconques du pouvoir le plus rationnel de l'époque, dans celui qui avait permis que sa puissance sur les subjugués eût des limites. C'est ce qui leur fit dire : « *Nul n'a pleine et entière puissance sur l'homme serf qui laboure sa terre* », axiome qui démentait la conquête en limitant

---

(178) Sur la justice par les pairs, voir GASQUET, *Précis des institutions de l'ancienne France*, t. I, p. 250.

ses prérogatives. Mais de là aussi ces maximes bizarres : « *La loi veut ce que le roi veut. Le commandement du roi est absolu et absolument obligatoire. Ce qui plaît à faire au roi, doit être tenu pour loi* ».

Ces idées d'absolutisme formaient le programme de toutes les grandes dynasties de l'époque. Le prince a le droit de casser ou de retirer les privilèges incompatibles avec l'exercice de sa souveraineté. A ce point de vue, sa volonté, source de tout droit et instrument du bien public, doit réclamer partout une obéissance complète (179).

160. Il ya toutefois une réelle injustice à comparer un état social disparu avec celui de la société moderne. Pour apprécier ce droit à sa juste valeur, il faut le replacer dans le milieu où il s'est formé. Ces principes en apparence pleins d'arbitraire, presque un défi au bon sens, eurent une portée bienfaisante et immense; ils servirent dans les premiers temps à attirer, sous le pouvoir le plus humain, les fils des vaincus de la conquête. La faiblesse fut heureuse de se cacher à l'ombre de la force; un ordre artificiel les enchaîna l'un à l'autre, de là l'établissement de la féodalité.

Les résultats de la violence et les fruits de la spoliation reçurent le nom de droits du roi, les juridictions de la conquête furent appelées terres du roi, et tout le pays se trouva, par une fiction logique, réuni au domaine d'un seul homme.

Soumettre à une juridiction régulière ces êtres sans droit à l'origine, équivalait à leur conférer la qualité de personnes. Le magistrat, c'est-à-dire ici le seigneur ou son délégué, ne fait que présider l'assemblée judiciaire ; ce sont les justiciables qui composent cette assemblée,

---

(179) H. Pirenne, *Histoire de Belgique*, t. II, p. 256.

et par une application ininterrompue et toujours pratique, la communauté servile élabore son propre droit.

161. Le mot *Pairs*, dans la langue du temps, signifiait *égaux*. Deux hommes étaient *Pairs de fief* entre eux, lorsqu'ils étaient vassaux du même seigneur (180). Qu'on se garde bien de croire que ce mot était un titre d'honneur réservé aux gentilshommes. On disait *pairs bourgeois* pour désigner deux membres de la bourgeoisie.

Si les diverses classes vivaient assez rapprochées l'une de l'autre, ayant les mêmes fêtes, presque les mêmes joies, elles n'avaient aucun point de contact, dans le domaine politique : ni identité de lois, ni égalité de droits, ni communauté de devoirs. Les hommes libres et les serfs étaient séparés par une barrière infranchissable, toute alliance leur était défendue, à moins, pour les premiers, de tomber eux-mêmes et leurs enfants, en servitude. Aussi n'avaient-ils pas la même justice. Il existait autant d'espèces de tribunaux et de juges qu'il y avait de classes et de catégories dans la population. Mais chaque classe est traitée avec une égalité parfaite, au regard de l'administration de la justice et les hommes de chaque classe se jugent entre eux. Quiconque était investi d'un fief, devait jurer « de faire fidèle ser- » vice, à savoir guerre et plaid ».

162. Les premiers légistes furent des prêtres et les moines se faisaient avocats (181). Durant tout le moyen âge, le clergé fut fort attentif à étudier les lois romaines, à rédiger ses propres lois et à observer même les

---

(180) DEFACQZ, *Aperçu de la féodalité (Ancien droit belgique*, t. II, p. 272). — Sur le jugement par les pairs, ARGOU, *op. citat.*, t. I[er], p. 48.

(181) LAURENT, *Etude sur l'histoire de l'humanité*, t. VIII, p. 160.

lois féodales. Parmi les plus éminents canonistes de cette époque, citons Hincmar, archevêque de Reims, Yves, évêque de Chartres, le moine Abbon de Fleury, Jean de Salisbury, le cardinal Mathieu d'Angers et enfin le pape Innocent III.

Peu à peu, les légistes commencent par se récruter également parmi les membres de la noblesse : Philippe de Beaumanoir et Pierre de Fontaines. Enfin, les bourgeois à leur tour se mirent à étudier le droit et ils devinrent les plus nombreux. Aussitôt qu'un bourgeois s'était fait connaître et apprécier comme légiste, on le regardait comme au-dessus de la classe ordinaire et l'on trouvait juste et naturel d'en faire un noble (182).

163. L'esprit légiste a fait son apparition dans l'Europe moderne pour arracher les hommes à la barbarie féodale. Les trois causes qui ont le plus contribué à affaiblir le système féodal se trouvent dans les *Etablissements de Saint-Louis :*

1° La défense des guerres privées;

2° L'abolition du combat judiciaire;

3° L'appel au roi des sentences rendues dans les justices seigneuriales.

Les légistes étaient entourés d'estime, et au moyen âge, comme de nos jours, le droit donnait accès aux fonctions judiciaires et administratives. Ils étaient guidés en grande partie par le droit romain, lequel soumettait la dot et les successions aux lois séculières ; ils réussirent à faire adopter ce même principe (183). Nous

---

(182) C'est ce qui se pratique encore de nos jours en Angleterre. Les juges et les grands avocats sont *knighted*, anoblis et autorisés à faire précéder leurs prénom et nom du mot *Sir*, comme signe d'anoblissement.

(183) J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans le mariage, du Concile de Trente au code civil*, p. 2 (Thèse); Paris, 1900.

constaterons plus loin l'importance et l'influence de pareille doctrine en matière de juridiction matrimoniale. Dès le XVI[e] siècle, ils préparent l'avènement de la royauté absolue.

Il faut se reporter au XII[e] siècle pour se faire une idée de la puissance qu'exercèrent les idées romaines. C'est de là que date le culte ou, si l'on veut, la superstition du droit romain : ce n'était pas le droit, c'était *la raison écrite* (184). Les hommes initiés à cette science furent comblés d'honneurs et de dignités; on vit les cités se disputer des légistes pour leur confier la direction de leurs affaires, les rois et les empereurs les admettaient dans leur conseil, leur considération égalait celle des barons.

164. L'avènement des légistes est le signal de la retraite des vassaux. Auxiliaires providentiels de la royauté, dont ils se firent les serviteurs fidèles, ils travaillent sans cesse à démolir la féodalité. A leurs yeux, une volonté royale, rédigée en certains termes, enregistrée en certaines formes, était, en vertu de ces formes, la véritable loi, et, à ce titre, avait droit d'être obéie et de forcer obéissance.

Dés qu'ils purent former un corps, ils travaillèrent, avec une hardiesse d'esprit et un concert admirables, à replacer la monarchie sur ses anciennes bases sociales, à faire une royauté française à l'image de celle de César, symbole de l'Etat, protectrice pour tous, souveraine à l'égard de tous, sans partage et sans limites. Leur principal axiome était l'unité et l'indivisibilité du pouvoir souverain (185).

165. S'inspirant de ce principe, ils n'hésitent pas à se

(184) Sur l'enseignement du droit en Italie, au XII[e] siècle, voir Troplong, *Rev. de législat. et de jurisp.*, t. I[er], p. 402.

(185) Loyseau, *Traité des offices ;* Augustin Thierry, *Dix ans d'études historiques ; — Considér. sur l'histoire de France* ;

mettre indirectement au service de la royauté, à l'occasion des difficultés relatives au mariage, dans les nombreux conflits avec le pouvoir ecclésiastique. Ce fut en effet la mission de l'Eglise catholique, aux premiers siècles de son établissement, de réorganiser et de régulariser les relations de la vie sociale entre les nations naissantes de l'Europe et *a fortiori* entre les personnes.

Le pouvoir spirituel s'était emparé, à l'exclusion du pouvoir temporel de tous les différends matrimoniaux, lesquels, à l'origine étaient portés devant les évêques par les parties elles-mêmes, à raison du devoir de conscience qui oblige les chrétiens à se soumettre au pouvoir de l'Eglise. Sous les Mérovingiens et les Carolovingiens, la législation civile, en matière de mariage, tend constamment à se fondre dans la législation canonique.

166. La justice d'église devient officielle avec l'empereur Constantin. Elle étend sa compétence à presque toutes les affaires civiles et criminelles.

Mais, à partir du XIIIe siècle, le pouvoir civil essaie de faire rentrer, dans son domaine légitime, tout ce qui appartient à l'ordre temporel. Cependant à aucune époque, les juges d'église n'ont été investis de l'autorité temporelle nécessaire pour assurer l'exécution de leurs jugements. A cette fin, ils ont toujours été obligés de recourir au bras séculier. La forme dans laquelle ils réclamaient cette intervention est curieuse (186).

L. Vanderkindere, *La Féodalité ;* P. Janet, *Hist. de la Science politique ;* Laurent, *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VII ; Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, t. Ier ; Fustel de Coulanges, *Hist. des instit. politiques de l'ancienne France. — La Monarchie franque.*

(186) Voir la requête que l'évêque de Toul adresse (vers 1628) à son frère ainé, le duc Charles IV de Lorraine, pour lui demander l'exécution d'une sentence rendue en matière matrimoniale par son officialité diocésaine. (*Nouv. Rev. Hist.*, 1892, p. 98.)

167. Charlemagne s'occupa avec soin (sans doute sous l'impulsion des évêques) de l'état des personnes et surtout des rapports juridiques entre époux. A cette époque de violence, de bon plaisir et d'arbitraire, ces rapports devaient être prodigieusement irréguliers; un homme prenait une femme et la quittait sans scrupule et sans formalité (187). Il en résultait un grand désordre dans la moralité publique et dans la condition des personnes. La loi civile était donc fort intéressée au relèvement des mœurs et Charlemagne le comprit. De là, le grand nombre de dispositions insérées dans ses capitulaires sur les conditions du mariage, les degrés de parenté, les devoirs du mari envers sa femme, les obligations des veuves.

Ces capitulaires appliquent à la société civile les maximes des livres saints et l'esprit ecclésiastique; la plupart de leurs dispositions sont empruntées au droit canon, sans toutefois que leur origine et leur motif fussent exclusivement religieux. Ils s'expliquaient par un intérêt d'Etat (188).

Tous les hommes libres doivent se rendre à l'armée, mais le nouveau marié obtient un délai d'une année.

Cette disposition semble empruntée aux lois juives : « Lorsqu'un homme aura épousé une femme depuis peu, il n'ira point à la guerre, et on ne lui imposera aucune charge publique, mais il pourra s'occuper de sa maison, et, passer une année en joie avec sa femme. » (Deutéronome., c. XX).

---

(187) A preuve, Charlemagne lui-même, voir p. 21, note 17.

(188) Une erreur commune a fait croire que le mot *Capitulaires* ne désigne que les lois de Charlemagne; ce sont toutes les ordonnances des rois francs, elles s'arrêtent à Charles-le-Simple, à l'année 888. Ce nom ne signifie pas exclusivement un acte du pouvoir législatif, un Capitulaire n'est pas nécessairement une loi. S'il faut en croire DUCANGE, ce n'était pas même une loi propre-

168. A l'époque féodale, les rois tenaient tout particulièrement à affirmer et à exercer par eux-mêmes leur droit de justice, à cette époque, le principal attribut de leur souveraineté. Les légistes n'avaient pas peu contribué à la consolidation et au développement de ce pouvoir du roi, en affirmant que toute justice était tenue de lui en fief; c'était reconnaître un droit de justice éminent au profit du roi sur tout le royaume (189).

169. La plupart de nos usages judiciaires remontent au Parlement de Paris. C'est lui qui, au milieu de la barbarie des guerres privées, a organisé une justice régulière; il chercha à dominer et à contenir les justices écclésiastiques, les justices seigneuriales et à réprimer les excès des justices royales. Il a été ainsi à la fois l'organe de la justice et de la liberté politique (190).

La cour de justice, qui était d'abord ambulatoire sous les premiers capétiens et suivait le roi dans ses voyages, devait peu à peu se fixer au lieu ordinaire de la résidence royale, c'est-à-dire à Paris. La tenue des assises judiciaires coïncidait avec celle des grands parlements du royaume, aux grandes fêtes religieuses : Pâques, la Pentecôte, la Toussaint, Noël. Toutefois, la justice royale ne vaquait pas nécessairement dans l'intervalle. Le roi pouvait toujours juger quand et où il lui plaisait.

---

ment dite, c'étaient des appendices, des suppléments aux lois dont ils comblaient les lacunes. (JAMET, *De la législation des Capitulaires*, *Revue de législation et de jurisprudence*, t. III, p. 247-248). Entre le recueil des Capitulaires et celui des Ordonnances, il existe une lacune de quatre siècles. Nous sommes ainsi privés de documents sur cette partie de l'ancien droit, l'époque féodale. Les sources du droit, pour cette période, sont donc les coutumes, le droit canonique et le droit romain.

(189) GLASSON, *Le roi, grand justicier* (*Nouv. Rev. Histor.*, 1902, p. 721).

(190) G. DUCOUDRAY, *op. citat.*, *passim.*

Les causes importantes seules étaient ajournées à l'époque des grandes convocations, qui donnaient lieu à une réunion nombreuse de seigneurs et de prélats.

La constitution du parlement exerça une influence décisive sur les progrès du pouvoir royal. Les rois apparurent aux peuples comme les justiciers par excellence et Louis IX réalisa l'idéal de justice conçu par le moyen âge. Il interdit le duel judiciaire et Philippe-le-Bel étendit la mesure au royaume tout entier (191).

170. Les parlements s'attribuaient le droit de faire, pour l'étendue de leurs ressorts respectifs, des règlements obligatoires. C'était une véritable participation au pouvoir législatif. « Le parlement a rendu, sur toutes les parties de la jurisprudence, sans que les rois l'aient désapprouvé, un grand nombre de ces décisions solennelles qui sont toujours faites expressément ou tacitement sous le bon plaisir du roi, jusqu'à ce qu'il ait statué lui même par une loi » (192). C'étaient les arrêts de règlement, qui se rendaient avec une solennité particulière; on les proclamait assez volontiers la veille des jours de fête, et ils étaient fort souvent désignés sous le nom d'arrêts en robe rouge, parce que à leur occasion les magistrats avaient coutume de revêtir leur grand costume (193).

171. La jurisprudence appliqua les ordonnances avec une grande modération, sans perdre jamais de vue que le consentement est l'essence des mariages. Ainsi, lors-

---

(191) GASQUET, *op citat.*, t. I, pp. 260 261; sur la Grand'-Chambre, p. 264.

(192) *Remontrances du Parlement arrêtées* le 1er juin 1767, pp. 142-147; DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, V° *Arrêt*, t. II, p. 324 (Paris, 1783).

(193) GLASSON, *Hist. du droit et des institutions de la France*, t. VIII, p. 216.

qu'il y a un mariage libre, honorable, contracté entre personnes capables et consacré par la naissance des enfants, le parlement ne s'arrête pas aux vices de forme qui pourraient l'entacher, elle lui fait produire ses effets en faveur des enfants et même en faveur des époux.

172. Malgré les prescriptions impératives du concile de Trente, le Parlement de Paris maintint la validité des mariages par paroles de présent.

L'official de Soissons avait déclaré nul un mariage clandestin pour inobservation des règles canoniques. Appel comme d'abus fut interjeté au Parlement. Celui-ci, sur les conclusions de l'avocat général BRISSON déclara abusive la sentence de l'official de Soissons et la réforma. Mais, comme en contractant pareille union, les parties avaient gravement pêché envers les lois de l'Eglise, la cour les renvoya devant leur évêque « pour y être procédé ainsi qu'il sera avisé » (194).

173. Mieux que personne, les magistrats se trouvaient en mesure de constater les abus résultant des unions hâtives et du mépris de l'autorité paternelle.

« Pour obvier, » dit le Parlement de Paris en 1559, » à plusieurs grands inconvénients qui adviennent des » mariages faits par importunité de ceux qui obtiennent » du roi lettres-patentes ou closes, la dite cour a ordonné » qu'elle le suppliera très humblement d'y pourvoir. »

Le chancelier L'Hospital ne laissa pas échapper l'occasion de faire droit à la requête. Le roi mineur Charles IX, après son avènement au trône, ouvrit en personne, le 13 décembre 1560, les Etats-Géneraux à Orléans et, au mois de janvier suivant, signa une ordonnance composée de cent cinquante articles (voir note 127). L'Hospital y

---

(194) BASDEVANT, *op. citat.*, p. 63.

fit insérer une disposition destinée à mettre fin aux abus (195).

174. Les parlements continuent à tenir la main à l'observation stricte des termes et de l'esprit des ordonnances. C'est ainsi qu'un arrêt du 28 février 1608 déclare nulle une proclamation de bans faite après vêpres.

En outre, pareille proclamation ne pouvait se faire que par le curé de la paroisse. Par arrêt du 13 mai 1614, le parlement de Paris condamna le sergent, Jean Augustin, à une amende de 25 livres et une suspension d'emploi de six semaines, avec menace d'une peine exemplaire, en cas de récidive, pour avoir, malgré le refus du clergé, procédé à une proclamation de bans.

Le parlement de Dijon rendit trois arrêts, sur le fait de promesses de mariage faites entre enfants de famille, l'un le 6 juillet 1584, donné sur l'appel comme d'abus interjeté par le père d'Isabeau Jomard ; le second, le 14 mars 1585, entre Aimé Viard, fils, et Jean Viard, son père, appelants, et Geneviève Ramet, fille d'Etienne Ramet, intimée ; et le troisième, le 29 avril 1595, entre Simon et Philibert Couvert, père et fils, d'une part, et Remere Mammès, d'autre part, tous trois d'appointement donné par l'official de Langres, au Dijonnais.

La cour, sur tous les dits appels, dit qu'il avait été mal, nullement et abusivement procédé et appointé, cassa tout ce qui avait été conclu et faisant droit sur les conclusions de M. le procureur général, fit défense à

---

(195) Art. 111. « Et parce qu'aucuns abusans de la faveur de nos prédécesseurs par importunité, ou plutôt subrepticement ont obtenu des lettres de cachet et closes, ou patentes, en vertu desquelles ils ont fait séquestrer des filles, icelles épousé ou fait épouser contre le gré et vouloir des pères, mères, parents, tuteurs ou curateurs, chose digne de punition exemplaire ; enjoignons à tous juges procéder extraordinairement et comme en crime de rapt, contre les impétrans et ceux qui s'aideront de telles lettres, sans avoir égard à icelles » (ISAMBERT, t. XIV, p. 91).

tous officiaux de son ressort de prendre connaissance des promesses de mariage des dits enfants de famille et autres personnes étant en puissance d'autrui, s'il ne leur apparaissait par écrit du consentement des pères et mères, tuteurs et curateurs, à peine de nullité des procédures et de tous dépens, dommages et intérêts (FEVRET, II, 10).

175. Un arrêt solennel, du 25 avril 1598, fut rendu sur les conclusions de l'avocat général MARION, faisant droit sur un appel comme d'abus émis par Isaac Theodet et Marie Machin, veuve de Jacques Clerc, tant des publications de bans si aucunes étaient, que de la solennisation du prétendu mariage d'Anne Clerc, âgée de neuf ans, impubère, fille d'un premier lit de la dite Machin, avec François Louvet, écuyer, fils d'Antoine Louvet, intimés. La cour décida qu'il avait été mal et abusivement procédé à la célébration du prétendu mariage d'une fille impubère, annula ce qui avait été fait, comme contraire aux saints décrets, conciles et constitutions canoniques, ordonnances et arrêts et contre les bonnes mœurs, avec défense aux tuteurs et parents de la dite Anne Clerc de ne traiter de son mariage qu'après qu'elle aurait pleinement atteint l'âge légitime (FEVRET, II, 9).

176. Par arrêt du 3 juin 1613, entre le seigneur de la Trimouille et consorts d'une part, et dame Catherine de Clermont et consorts d'autre part, le parlement de Paris déclare clandestin un mariage contracté par un mineur de quinze ans deux mois, sans l'autorité de son curateur, prononce des amendes contre la mère de la fille, les notaires et tous ceux qui avaient assisté au contrat de mariage et fiançailles par paroles de présent, rend un décret de prise de corps contre le prêtre qui avait fiancé le dit mineur (196).

(196) BOUCHEL, *La Bibliothèque canonique* (annotée par BLONDEAU), V° *Mariage clandestin*, t. II, p. 70. Paris, 1689.

177. Du XVI[e] au XVIII[e] siècle, le mariage fut régi par une législation mixte, dont le droit canonique formait le fonds principal et que complétaient les dispositions des ordonnances. Cette législation était appliquée tantôt par les juges royaux, tantôt, quoique plus rarement, par les juges d'Eglise, car, aux termes de l'article 12 de l'édit de 1606 « ils seront tenus de garder les ordonnances ». Elle apparaissait de plus en plus aux jurisconsultes comme une sorte de législation nationale, qui, au point de vue civil, tirait sa force obligatoire, dans toutes ses parties, de la seule volonté du souverain.

178. Vers la fin du XVI[e] siècle, un avocat au parlement de Paris s'exprimait déjà en termes fort clairs :

« On ne peut douter qu'il n'appartienne aux princes séculiers de faire des lois pour l'empêchement des mariages, selon les besoins politiques de leurs Etats, non pas qu'ils aient l'autorité de donner atteinte au sacrement, dont l'Eglise seule peut connaître, mais parce qu'ils ont droit de déclarer les personnes inhabiles à le contracter. Car, à vrai dire, l'Eglise n'a de pouvoir que pour ce qui concerne la manière de célébrer le mariage » (197).

179. Plus loin il ajoutait : « L'on n'a jamais douté que le premier (le prince) n'ait eu le droit de faire des lois pour le fait des mariages, à l'observation desquelles les sujets sont astreints et pour la contravention desquelles l'on peut déclarer les mariages non valablement contractés, sans que l'Eglise puisse se plaindre que l'on entreprend sur une chose spirituelle comme est un sacrement.

» La raison est que la matière de ce sacrement est un contrat civil qui n'est élevé à la dignité du sacrement que lorsqu'il est parfait dans sa matière, en sorte qu'il

(197) Bouchel, V° *Mariage*, t. II, p. 74.

doit être véritablement un contrat parfait en sa substance pour recevoir l'impression de la puissance céleste.

« Ce n'est donc point une entreprise du prince séculier, quand il donne des lois aux mariages, il ne touche point au sacrement, qui est tout spirituel, mais il donne seulement des règles aux mariés, ce qui est de sa compétence. L'Eglise même, toute puissante qu'elle est, n'a aucune autorité sur les sacrements pour les détruire, parce qu'ils dépendent immédiatement de Dieu; mais comme elle a du pouvoir sur les personnes qui les doivent recevoir, elle en peut déclarer l'habileté ou l'inhabileté qui fait qu'ils reçoivent ou ne reçoivent pas le sacrement » (198).

180. « Les rois de France sont seuls souverains du temporel de leur Etat », écrit FEVRET (I, 73), « puisque le suprême degré du ressort leur est réservé en souveraineté, et qu'il n'y a aucune puissance supérieure à la leur sur ce point. »

181. Le 18 juin 1676, un docteur en théologie, JACQUES L'HUILLIER, soutint à la Sorbonne cette thèse publique, que c'était une erreur d'enlever à l'Eglise le droit d'édicter des empêchements aux mariages et de l'attribuer à l'Etat.

Les protestations du Parlement ne se firent pas attendre. Le syndic de la Faculté, GASTON CHAMILLARD et L'HUILLIER, tous deux en personnes, furent cités à la barre. De l'avis conforme de l'avocat général TALON, et statuant à l'unanimité, la cour adresse des remontrances au syndic et l'avertit de ne pas souffrir qu'il se glissât dans les thèses aucune proposition contraire à l'autorité du roi, restreignant son pouvoir purement aux effets civils.

---

(198) BOUCHEL, t. II, p. 79.

182. M. le premier président DE LAMOIGNON fut très affirmatif, déclarant hautement :

« Que les rois ont le pouvoir de faire des lois irritantes sur le sujet des mariages ; que les rois tenaient ce pouvoir de Dieu seul, comme faisant partie de cette puissance souveraine qui regarde le temporel de leurs royaumes. Que, quand l'Eglise, de son côté, a pris connaissance des mariages, à cause du sacrement, c'a été sans toucher à l'autorité que les souverains ont toujours eue sur le contrat, qui est la base et le fondement du sacrement, et qui est aussi le principal de tous les contrats qui soutiennent la vie civile...

» Ainsi les lois qui irritent le contrat et le rendent nul, par une disposition précise pour la nullité, irritent entièrement le mariage et empêchent qu'il ne soit un sacrement, puisque le sacrement ne peut être sans un contrat.

» Qu'il fallait bien prendre garde, qu'à l'avenir on ne mît plus dans les thèses des propositions semblables, qui restreignent le pouvoir des rois purement aux effets civils ou qui ont un sens équivoque, et qui peuvent former des doutes contre la saine et véritable doctrine, laquelle, n'ôtant rien à l'Eglise de ce qui lui appartient, conserve aussi aux rois ce que Dieu seul leur a donné, qu'il eût formé son Eglise. »

183. L'année suivante, en 1677, le même avocat général, portant la parole devant le même Parlement, ne fut pas moins explicite :

« Comme les mariages, par leur nature, par leur objet et par leur fin, sont des contrats civils, aussi ne peuvent-ils être établis que par une puissance qui soit souveraine ; rendre ce contrat légitime ou invalide, rendre les personnes qui contractent habiles ou inhabiles au mariage, c'est l'effet d'un pouvoir souverain sur

le temporel : il n'y a que le législateur ou le prince qui donnent la force aux contrats, qui en puissent prononcer la validité ou la nullité. Si donc l'Eglise, représentée par les conciles ou par le pape et par les évêques, a le droit d'établir des empêchements qui annulent le mariage, elle aura le pouvoir de faire des lois civiles qui regardent purement le temporel ; ce qui causerait un renversement et une confusion des puissances ecclésiastique et séculière » (199).

184. Une lettre, du 3 septembre 1712, du chancelier DE PONTCHARTRAIN au premier président du parlement de Besançon, peut être considérée comme l'expression la plus énergique des tendances de l'époque, de cette lente évolution qui s'était accomplie par le double concours des légistes et des parlements. Au siècle suivant, elle servira encore de base au législateur et sera invoquée par PORTALIS lui-même.

Le chancelier DE PONTCHARTRAIN affirmait nettement les droits de l'Etat : « La distinction entre le pouvoir de » prononcer sur le lien du mariage que vous prétendez » être réservée au juge d'église, et le droit de connaître » des effets civils, auquel le parlement semble se ré- » duire, ne doit pas être admise indéfiniment dans un » tribunal instruit des véritables maximes par lesquelles » les limites des deux puissances doivent être fixées.

» Comme le mariage est en même temps un contrat » civil et un sacrement, il est également soumis aux » deux puissances, même par rapport à la validité du » lien. *Le contrat dépend absolument de la puis-* » *sance séculière;* le sacrement dépend uniquement » de la puissance ecclésiastique ; et comme il n'y a pas » de mariage valable parmi nous, s'il n'est élevé à la

---

(199) DURAND DE MAILLANE, *Preuves des libertés de l'Eglise gallicane*, t. IV, p. 67.

» dignité de sacrement et que, réciproquement, il n'y » a pas de sacrement où il n'y a pas de contrat et de » consentement légitime, il est évident que l'Eglise et » l'Etat exercent également leur autorité sur le ma- » riage, considéré en même temps comme contrat et » comme sacrement » (MERLIN, V° *Libertés de l'église gallicane*, § III).

Le jour où l'on aura reconnu qu'il n'y a pas nécessairement indivisibilité entre le contrat et le sacrement, la sécularisation du mariage sera définitivement établie dans les lois.

185. Ceci expliqué, recherchons les systèmes juridiques, ainsi que les habiles expédients, les heureuses ressources de procédure employés par les légistes pour arriver à leurs fins.

Nous avons vu (n° 165) qu'insensiblement la juridiction était tombée des mains du pouvoir civil. Ce travail d'assimilation se consomma, semble-t-il, au Xe siècle.

Mais aucun principe n'avait formellement enlevé aux juridictions civiles les intérêts pécuniaires des époux. Le pouvoir séculier, en louvoyant, engage la lutte sur cette frontière et livre ses premiers combats. L'Eglise, tout en considérant ces questions comme accessoires, prétend cependant se les réserver.

Les difficultés relatives à la forme, mais surtout aux conditions du mariage, ont suivi, avec une régularité remarquable, le mouvement politique.

186. Aussi, dès le XVIe siècle, l'Etat s'empare irrévocablement de ces mêmes questions accessoires, les disjoint du procès principal et se les attribue. Ce fut un premier pas. Un siècle plus tard, le juge civil connaît seul de la séparation d'habitation entre les mariés, « sous prétexte que cette séparation emporte toujours celle des biens ».

« Le laïque », écrit DU BOULAY, « a droit d'examiner si la décision (ecclésiastique) s'est faite régulièrement, s'il est à propos de la publier et de l'exécuter » (200).

Le pouvoir civil s'avança bientôt plus loin et finit par saper complètement la juridiction de l'Eglise, en matière matrimoniale.

187. D'autre part, les parlements, organes et interprètes des nécessités de la vie, n'avaient pas tardé à entrer dans une voie nouvelle, sous l'impulsion des légistes. Afin de ne pas heurter de front les autorités ecclésiastiques et d'éviter des conflits dangereux pour l'époque, ils s'efforcent de ne pas s'écarter des lois canoniques, en rapprochant leurs décisions les unes des autres. C'est ainsi que, en vertu d'une fiction habilement trouvée par les légistes, ils n'hésitent pas à déclarer nulles, non seulement quant aux effets civils, mais encore quant au sacrement, les unions des enfants de famille contractées sans le consentement des parents. C'est la fiction du rapt de séduction, c'est le seul fait du mineur de s'être marié sans avoir requis le consentement nécessaire, parce que la personne séduite n'est pas libre. « Elle est », dit GUY COQUILLE, « gagnée par blandices et allèchements ».

Déjà, avant l'édit de 1556, CHARLES DUMOULIN soutenait la nullité du mariage contracté sans le consentement des parents, comme « contraire à la raison naturelle et aux bonnes mœurs ».

Plus tard, dans son *Conseil sur le fait du Concile de Trente*, il écrit que la décision du Concile est « contre les bonnes et anciennes lois et l'honnêteté publique et contre la police ».

---

(200) DU BOULAY, *Histoire du droit ecclésiastique français*, II, p. 116 (Paris, 1758).

Néanmoins, le pouvoir civil n'ose pas se mettre en opposition ouverte avec le droit canonique, pas même au sujet des conditions du mariage. Le Concile de Trente avait refusé de reconnaître, comme empêchement dirimant, le défaut de consentement paternel et aucun édit, aucune ordonnance n'avait proclamé la *nullité* du mariage, contracté contrairement à la volonté des parents.

188. Les légistes ne tardèrent pas à trouver le moyen juridique, approprié aux circonstances. Certes le mariage des enfants de famille, célébré en dehors de la volonté paternelle, est valable. Mais la doctrine du Concile de Trente proclame le rapt une cause de nullité. Or, le défaut de consentement est une présomption absolue de séduction, laquelle doit être assimilée au rapt. Comme conséquence, il constitue un empêchement dirimant et une cause de nullité, même en droit canonique.

189. Le rapt de séduction semble puiser son origine dans la législation du IXe siècle. Déjà, sous Charlemagne, un mariage qui ne satisfaisait pas aux lois civiles ne pouvait être considéré comme union légitime : *Si quis uxorem habere voluerit, canonicè et legaliter eam accipiat (Capitulaires*, liv. VII, chap. 395).

L'archevêque Hincmar, l'un des grands canonistes du IXe siècle, appelé à donner son avis sur la validité du mariage de Judith avec Baudouin, Bras de fer, n'hésite pas à affirmer que les lois ecclésiastiques et civiles sont les règles suivant lesquelles il faut juger si un mariage est légitime ou incestueux : *Secundum leges christianas, forenses scilicet et ecclesiasticas an conjunctio legalis fuerit vel incestus* (201).

---

(201) P. Lemerre, *Justification des usages de France sur les mariages des enfants de famille sans le consentement de leurs parens*, p. 247. (Paris, 1689.)

190. Les Canons du Concile de Trente, disaient les légistes de la fin du XVI[e] siècle, déclarent nul le mariage entaché de rapt, et les termes généraux ne laissent place à aucune distinction entre le rapt de violence et le rapt de séduction ; ils se confondent, ne formant qu'une seule et même cause de nullité.

Le rapt de séduction « est le plus fréquent et le plus dangereux ; c'est alors que le ravisseur corrompt et séduit l'esprit et le cœur de la personne ravie et que par les caresses et les amorces de la volupté, et sous les apparences de l'amour, il l'engage à condescendre à un mariage ».

« La connaissance du rapt est de la compétence du juge séculier, parce que c'est un crime capital dont la punition lui appartient.

« C'est de là que l'on tient en France que les mariages faits par les enfants de famille, contre le gré ou à l'insu de leurs pères sont invalides, parce qu'ils sont toujours présumés faits par la séduction, la volonté de l'enfant ne pouvant être contraire à celle de son père que lorsqu'elle est corrompue » (202).

191. Au moyen de « l'appel comme d'abus », une voie de procédure infaillible vint compléter un système juridique si solide et si efficace. Quelle est donc cette voie de droit destinée à attaquer le mariage ? POTHIER va nous l'apprendre. « Lorsque c'est l'une des parties qui ont contracté le mariage qui veut en poursuivre la cassation contre l'autre, elle a pour cet effet deux voies, l'une *ordinaire*, l'autre *extraordinaire*. La voie *ordinaire* est l'assignation que la partie qui demande la cassation de son mariage, doit donner à l'autre devant l'official pour en voir prononcer la nullité... La voie *extraordinaire* est l'appel comme d'abus que la partie

(202) BOUCHEL, *op. cit.*, pp. 82, 83.

peut interjeter en la grand'chambre du parlement. » (*Traité du mariage*, nos 452 et 453.) On appelait comme d'abus de la célébration du mariage, si l'union avait été contractée entre mineurs, par exemple, sans publication de bans ou sans consentement paternel. Or, les juges laïques étaient plus disposés à prononcer la nullité que les juges ecclésiastiques. Ceux-ci finirent par ne plus connaître que des causes relatives à l'accomplissement ou à la résolution des fiançailles (203). On s'explique maintenant pourquoi les ordonnances, notamment celle de 1695, continuent à proclamer en termes généraux la compétence des juridictions ecclésiastiques en matière matrimoniale; il suffisait, pour en paralyser l'efficacité, de cette clause additionnelle *sauf l'appel comme d'abus* (204).

192. FEVRET nous rapporte, dans la préface de son *Traité de l'abus*, l'opinion de Mgr Henri de Bourbon. Etant gouverneur de la province de Bourgogne, ce premier prince du sang, honora de sa présence le parlement de Dijon et l'audience publique, lors d'une cause solennelle d'appel comme d'abus qui ne pût être jugée sur les rangs.

La conversation s'engage; à la sortie de l'audience le prince, après avoir beaucoup estimé la personne et le mérite de PIERRE DE MARCA, l'auteur des *Dissertationes de Concordia Sacerdotii et Imperii* (dont il venait d'être parlé), fit deux ou trois tours, puis à un moment, retournant à FEVRET: « Tenez pour assuré », dit-il, « que » pour parler d'abus certainement, il suffirait d'examiner ce qui a été jugé et trouvé abusif par les » cours du parlement, depuis l'ordonnance du roi Fran-

(203) FLEURY, *Institution au droit ecclésiastique*, t. II, p. 42 (1771).

(204) Art. 34 et 35 de l'Edit du 19 avril 1695, portant règlement pour la juridiction ecclésiastique.

» çois (205). J'ai ouï dire à M. le premier président DU
» HARLAY, qu'avant cette ordonnance, il n'y avait rien
» d'assuré pour l'abus, mais qu'en deux articles seule-
» ment, elle avait plus retranché de juridiction aux
» ecclésiastiques, sans bruit et sans peine qu'ils n'en
» avaient usurpé en trois ou quatre siècles auparavant.
» Peut-on mieux connaître ni autoriser l'abus que par
» l'ordonnance ou les arrêts, qui se donnent avec
» grande connaissance de cause, et qui peuvent fermer
» la bouche aux esprits les plus rebelles ou obstinés ? »

193. Déjà, en 1582, Mgr de Foix, archevêque de Toulouse, remontrait au pape Grégoire XIII, au sujet d'un procès jugé par le parlement de Paris et relatif à l'administration régulière du couvent des Cordeliers, « que si après Dieu et la piété et dévotions de nos Roys, il y avait chose qui eût conservé la juridiction ecclésiastique, l'autorité du Saint-Siège et la loi et la religion catholique en France, c'étaient les parlements, juges souverains des appellations comme d'abus; que ces appellations étaient fondées en plus grande équité qu'on ne croyait et qu'elles étaient si enracinées en France, que l'on déracinerait plutôt tout l'Apennin du milieu de l'Italie que l'on n'abolirait les appellations comme d'abus en ce royaume ou qu'on souffrit qu'autre en jugeât que Roy ou sa cour de parlement. (FEVRET, I, 25).

194. PASQUIER les estime « comme le nerf principal de la république française et le plus assuré rempart qu'elle puisse avoir, disant qu'elles sont établies sur quatre

---

(205). Il s'agit ici probablement de l'*Ordonnance du Grand Conseil* de François Ier, de juillet 1539. Ce Grand conseil a été supprimé en 1790 (ISAMBERT, t. XII, 575).

Les articles 41 et 42 de l'Ordonnance traitent de l'appel comme d'abus. (ISAMBERT, p. 588.)

pilliers, sur lesquels sont aussi fondées les libertés de l'église gallicane (*Recherches*, L. 3, ch. 27).

Le cardinal du Perron, en une de ses remontrances publiques affirmait que ce remède était tenu par les parlements pour l'asile des libertés gallicanes et le ferme boulevard des droits de la couronne. (Fevret, I, 25.)

195. La demoiselle Le Beau, veuve d'un conseiller au Grand-conseil, âgée de vingt et un ans, signe, deux mois après la mort de son mari, un contrat de mariage avec le sieur de Foras. Le lendemain, elle obtient dispense des trois bans et se marie. Ses parents, munis d'une procuration de la dame Le Beau mère, retirée dans un couvent à Dijon, portent plainte du chef de rapt et font emprisonner les deux époux. Ceux-ci obtiennent de docteurs en théologie une consultation, à l'appui de la validité du mariage. Cette pièce est envoyée à la mère qui écrit à sa fille qu'elle a chargé ses frères d'arranger l'affaire et que, puisque le mariage est valable, elle n'entend pas l'empêcher. Malgré cette lettre, les parents interjettent appel comme d'abus, au nom de la mère.

L'avocat général requit qu'on reçut l'appelant comme d'abus de la dispense de la publication de trois bans et que M. de Pierre-Vive, grand-vicaire de Mgr l'évêque de Paris fût ajourné à comparoir en personne ; que la lettre de la mère ne pouvait mériter aucune attention, étant appuyée sur une consultation qui n'était pas exacte d'ailleurs, que son consentement particulier ne pouvait couvrir l'injure faite au public par ce mariage.

L'arrêt rendu le 5 décembre 1619 appointa les parties, mais en recevant M. le procureur général appelant comme d'abus. (Le Ridant, p. 389.)

196. Barthélémi Tourton, né à Lyon en 1678, vint demeurer à Paris, chez un de ses oncles en 1693, et y

resta jusqu'en 1702. Alors, âgé seulement de 23 ans, il fit différents voyages, et fut successivement enfermé dans différentes prisons. Il passa d'abord en Hollande, et revint à Paris en 1704. En 1705, le 3 janvier, il fut arrêté en Provence et conduit au Château d'Yf, où il resta jusqu'en 1713, par ordre du roi. Sorti de cette prison, il se retira à Nantes, où il fut arrêté pour dettes et conduit au Château, dont il sortit le 5 mai 1722. Il alla alors à Lyon, mais sans y fixer son domicile; il y passa un acte le 18 mars 1723 et revint bientôt après à Paris où il fut arrêté et conduit à Charenton, le 18 mars 1724.

Sorti de cette dernière prison en 1728, il épousa presqu'aussitôt la veuve d'un limonadier, et mourut peu d'années après.

Son mariage ayant été attaqué par la voie d'appel comme d'abus par des collatéraux, ils opposèrent le défaut de présence et de consentement du curé du domicile d'origine de Barthelemi Tourton : ils soutenaient ce consentement nécessaire à son mariage, parce qu'il n'avait pas fixé son domicile ailleurs depuis sa majorité. On ne pouvait, en effet, prouver qu'il eût un domicile dans la paroisse de Saint-Nicolas-des-Champs, où il avait fait publier des bans; le contraire était établi par des pièces authentiques. Ces raisons déterminèrent la Cour à déclarer le mariage abusif, par arrêt rendu le 22 juillet 1733, au rapport de M. de Vienne.

197. Un sieur Cahouet, établi à Saint-Domingue, laissa en mourant, entre autres enfants, une fille. Sa veuve ayant convolé en secondes noces, la qualité de tutrice, qui lui avait été déférée, passa sur la tête de son second mari, lequel envoya la fille à Orléans, chez l'aïeul paternel de l'enfant.

Après la mort de cet aïeul, il se présenta un parti

pour la fille, qui parut sortable à ses parents paternels, la plupart domiciliés à Orléans. On ne crut pas qu'il fût nécessaire d'avoir le consentement de la mère, de peur que le trop long délai nécessaire pour avoir réponse de Saint-Domingue ne fit rompre un mariage qu'on regardait comme avantageux. Mais, comme la fille était mineure, on crut pouvoir suppléer à ce consentement par un avis de cinq parents : on lui nomma un tuteur *ad hoc*, et la délibération des parents fut entérinée par le Prévôt d'Orléans qui, en même temps, ordonna que le consentement du tuteur suppléerait à celui de la mère.

Les bans furent publiés en conséquence à Orléans, dans la paroisse du domicile de fait de la fille, et à Paris en la paroisse du domicile du futur; mais ils ne furent publiés ni à Saint-Domingue, ni à la paroisse du tuteur *ad hoc* nommé à Orléans.

Quelques semaines après la célébration, le jeune époux disparut; la mère de la fille, informée de ce qui s'était passé, conjointement avec son mari tuteur, interjeta appel comme d'abus du mariage. Par arrêt du 2 août 1745, la Cour déclara le *mariage mal et abusivement contracté avec défenses aux Parties de se hanter et fréquenter;* faisant droit au réquisitoire de M. l'avocat général Gilbert de Voisins, fit en outre défenses au Prévôt d'Orléans de rendre à l'avenir de pareilles ordonnances, et ordonna que l'arrêt serait publié en la Juridiction d'Orléans.

198. Le nommé Desvernais, condamné par contumace à être pendu, se maria huit jours après la prononciation de la sentence. Il était mineur, et sa mère, remariée en secondes noces, avait par acte sous seing privé consenti au mariage, célébré après dispense de la publication des trois bans, accordée par l'archevêque de Lyon.

De ce mariage est né, huit jours après l'exécution de la sentence par contumace, un enfant qui mourut en bas

âge; et sa mort fit naître la question de savoir si la femme de Desvernais pouvait recueillir la succession de cet enfant, comme mère et héritière légitime en pays de droit écrit.

Cette qualité d'héritière était contestée à la mère de cet enfant, par les collatéraux de Desvernais, qui avaient interjeté appel comme d'abus de son mariage; et cette contestation faisait naître une autre question, celle de savoir si le mariage de Desvernais, contracté après sa condamnation, était légitime.

On prétendait :

1° Que la seule prononciation de la sentence emportait mort civile, quoiqu'elle n'eût pas été exécutée ;

2° On soutenait que quand un tel mariage serait légitime, celui dont il s'agissait, ne le pouvait pas être, puisque Desvernais, qui était mineur, n'avait eu qu'un consentement sous seing privé de sa mère, en puissance de mari, sans en être autorisée, et qu'il aurait fallu rapporter celui du second mari, qui était de droit tuteur des enfants du premier lit ;

3° On soutenait que le défaut de publication de bans annulait le mariage, parce que, disait-on, les évêques n'ont pas droit de donner dispense de trois bans, pour les mariages des mineurs.

M. l'avocat général GILBERT, qui porta la parole dans cette affaire, posa en principe que les lois divines et civiles réunies forment la matière du sacrement de mariage; et qu'ainsi ces lois étant observées dans le mariage d'un homme mort civilement, son mariage était valable, quant au for intérieur;

Par rapport au consentement de la mère du mineur, M. GILBERT dit que les collatéraux n'étaient point recevables à proposer pour moyens d'abus le défaut de consentement des père et mère des mineurs; que les père et mère seuls pouvaient se plaindre de ce mépris de leur

autorité, et qu'on devait regarder leur silence comme un pardon de leur part; qu'ainsi, quand même un consentement sous seing privé ne ferait pas foi, les collatéraux de Desvernais n'étaient pas fondés à s'en plaindre; mais qu'il n'était pas naturel, dans les circonstances, d'exiger d'une mère un consentement qui aurait mis cette mère dans la nécessité de décéler son fils, en déclarant, dans l'étude d'un notaire, qu'il allait se marier ;

Quant au défaut de consentement du beau-père, M. l'avocat général dit qu'un beau-père qui n'a pas été nommé juridiquement tuteur des enfants d'un premier lit de sa femme, ne peut pas être regardé comme tuteur proprement dit, mais seulement comme caution de la tutelle, dont la mère est naturellement chargée et qu'ainsi son consentement était inutile pour le mariage de Desvernais ;

A l'égard du défaut de publication de bans, M. Gilbert observa qu'il n'anéantit pas le mariage des majeurs, mais qu'il impose seulement des peines à ceux qui sont tombés dans cette faute, et qu'il n'y avait point de défaut dans le mariage en question, du côté de la fille, qui serait, seulement à cet égard, restée soumise aux peines, sans la dispense de l'évêque ;

Qu'à la vérité, l'évêque ne pouvait dispenser de ce qui est prescrit par les lois civiles, mais seulement de ce qui est purement spirituel; qu'il pouvait par conséquent dispenser les majeurs, et de la publication des bans, et de la présence des propres curés, parce que les majeurs étant entièrement *sui juris*, ces deux formalités n'étaient, à leur égard, que de pure cérémonie; que les évêques ne pouvaient pas remettre ces deux formalités aux mineurs qui se marient sans le consentement de leurs parents, parce que les lois civiles ne les exigent à l'égard des mineurs, que pour les empêcher de se marier à l'insu de leurs parents; mais quand les

mineurs ont le consentement de leurs parents, les raisons civiles cessent, et par conséquent les évêques pouvaient les en dispenser, en ces cas-là.

M. Gilbert ayant fait voir que le mariage de Desvernais était bon, quant au for intérieur, il examina s'il était bon quant au for extérieur et s'il pouvait produire des effets civils : il fit voir que cette question dépendait du point de savoir si la seule condamnation à mort emportait la mort civile, ou s'il ne fallait pas que le jugement eût été exécuté. « La mort civile », dit-il, « est l'état d'un homme qui est retranché de la société » et qui ne peut plus contracter avec elle : cela posé, » comment veut-on qu'un jugement prononcé dans le » secret d'une chambre criminelle fasse connaître à la » société qu'elle ne peut plus contracter avec le con- » damné? Il faut donc, pour qu'elle en soit instruite, » que le jugement ait été rendu public ; or, il ne peut » l'être que par l'exécution, et par conséquent la mort » civile ne doit commencer que du jour de l'exécution » du jugement, soit par contumace, soit autrement ».

En un mot, ce magistrat dit que le titre XVII de l'ordonnance de 1670 devait régler la matière en question, et sur ses conclusions, intervint l'arrêt du 12 juillet 1746, par lequel la Cour jugea qu'il n'y avait pas abus, condamnant les appelants à l'amende et aux dépens de l'appel. (DENISART, V° *Mort civile*.)

199. Depuis plusieurs années, les avocats généraux BIGNON et TALON ne laissaient passer aucune occasion de représenter la nécessité d'une ordonnance contre le rapt et les mariages clandestins. Un mariage projeté entre M. de Cinq-Mars, grand écuyer de France, et Marion de Lorme fut enfin l'occasion de la Déclaration du 26 novembre 1639.

Mme d'Essiat, mère de M. de Cinq-Mars, avait porté plainte au parlement du mariage projeté par son fils.

Sur une information, Marion de Lorme et ses complices, accusés de subornation, furent décrétés de prise-de-corps, avec défense aux parties de passer outre. Ce fut dans ces circonstances que M. BIGNON, premier avocat général, fut chargé par le roi de faire dresser la Déclaration que le parlement enregistra à l'unanimité. Les accusés, n'ayant rien osé attenter au préjudice de la Déclaration, furent mis en liberté, sans autres poursuites (206).

200. L'article 44 de l'Ordonnance de Blois défendait à tous notaires, sous peine de punition corporelle, de passer ou recevoir aucune promesse de mariage par paroles de présent; et la cour, par un arrêt de règlement, du 5 septembre 1680, rendu sur les conclusions de M. le procureur général, fit « défense à tous notaires, à peine d'interdiction, de passer à l'avenir aucuns actes, par lesquels les hommes et les femmes déclarent qu'ils se prennent pour maris et femmes, sur les refus qui leur seront faits par les archevêques et évêques, grands-vicaires ou curés, de leur conférer le sacrement de mariage, à la charge par les dits prélats, leurs grands-vicaires et curés, d'en donner des actes par écrit, qui contiendront les causes de leur refus, lorsqu'ils en seront requis. »

201. François Augier, qui était mineur, et Anne Jublin, s'étant présentés au curé de Vitry-le-François, pour qu'il les mariât, furent refusés, parce qu'ils ne rapportaient pas le consentement du père de François Augier.

Sur ce refus bien constaté, Augier et Anne Jublin présentèrent requête aux juges de Vitry qui, conformément aux conclusions de la requête, ordonnèrent à deux

(206) *Recueil chronol. de diverses ordonnances concernant les mariages clandestins*, p. 64 (Paris, 1660).

notaires de se transporter à l'église, à la première réquisition qui leur serait faite par les suppliants, à l'effet de leur donner les actes qu'ils demanderaient.

Ces notaires, pour obéir à justice, se transportèrent en l'église de Notre-Dame de Vitry, où étant, François Augier et Anne Jublin se sont mis à genoux sous le crucifix, et proche eux un enfant âgé de dix-huit mois; en présence d'un grand nombre de leurs parents et amis, ils ont déclaré se prendre pour mari et femme.

Le père de François Augier, ayant appelé de l'ordonnance des juges de Vitry, intima son fils, ainsi qu'Anne Jublin, et il prit les juges à partie.

M. l'avocat général DE LAMOIGNON, qui porta la parole dans cette affaire, fit voir que les juges de Vitry « étaient » absolument incompétents pour connaître du cas en » question, et que ce cas était de la compétence des » seuls juges d'Eglise. Il dit que les juges royaux ne » pouvant ordonner à un curé de célébrer un mariage, » les parties devaient, sur le refus du curé, se pourvoir » par devant l'official. »

La cour décida qu'il avait été mal et incompétemment procédé et ordonné par les officiers de Vitry-le-François; en conséquence, a ordonné que François Augier et Anne Jublin se retireraient par devers le curé de Vitry et, en cas de refus, par devers l'évêque de Châlons, pour être pourvu et procédé à leur mariage, si faire se devait, après avoir reçu pénitence salutaire; et sur les conclusions du ministère public, le lieutenant général et le procureur du roi de Vitry ont été décrétés d'ajournement personnel, et les notaires assignés pour être ouïs.

202. Les curés, vicaires et autres prêtres ne peuvent célébrer les mariages, ni même publier les bans, quand il leur a été signifié des oppositions : quelque mauvaises et quelque mal fondées que ces oppositions leur parais-

missaire des pauvres. C'était, selon elle, un commencement de preuve par écrit, qui devait déterminer les juges à admettre la preuve testimoniale qu'elle offrait, et d'où résulterait le défaut de présence du propre curé, ce qui constitue, disait-elle, une nullité absolue dans son mariage.

Duchemin, son mari, soutenait cette preuve inadmissible ; elle fut en effet rejetée par sentence de l'officialité de Paris, du 21 juin 1730. Y ayant eu appel comme d'abus, tant du mariage que de la sentence de l'officialité, M. l'avocat général Gilbert, qui porta la parole dans cette affaire, fit voir que l'édit de 1697 concernait les enfants de famille, qui ne pouvaient jamais se soustraire au domicile de leur père et mère, et à leur autorité ; mais qu'à l'égard des majeurs, il en était autrement; qu'ils étaient les maîtres de se choisir un domicile; qu'ils pouvaient en avoir plusieurs ; que celui de la Duclos, au temps de son mariage, était prouvé par son contrat de mariage et par l'acte de célébration, où quatre témoins avaient certifié le même domicile; qu'ainsi il fallait le regarder comme le seul qu'elle eût alors, indépendamment des baux à loyer d'autres maisons qu'elle pouvait avoir dans d'autres paroisses.

205. La présence du propre curé est donc, comme on voit, indispensablement nécessaire pour la validité des mariages des personnes qui ont un domicile de fait ou de droit. Mais à l'égard « des porte-balles, des farceurs, des étrangers, des marchands et ouvriers, que leur état met dans la nécessité de voyager et de passer journellement de ville en ville, de pays en pays, où ils n'acquièrent point de domicile, » ces personnes, n'ayant point de propre curé, puisqu'ils n'ont pas de demeure fixe, doivent s'adresser à l'archevêque ou évêque diocésain de l'autre partie contractante, pour demander dispense sur

le défaut de domicile; et l'évêque ne la doit accorder qu'en connaissance de cause, c'est ce qu'a prescrit le concile de Trente; les ordonnances sont muettes sur ce cas particulier.

206. En vertu de l'ordonnance de Blois, les sujets français *ne pourront valablement contracter mariage, sans proclamations précédentes de bans faites par trois divers jours de festes, avec intervalle compétent.*

Se conformant à la lettre du texte, les parlements décidèrent d'abord que le défaut de publication des bans entraînait la nullité du mariage. A la fin du XVI[e] et durant une grande partie du XVII[e] siècle, c'était de jurisprudence constante.

Un arrêt du parlement de Paris, du 22 décembre 1687, déclare abusif le mariage d'un fils mineur, dispensé de la publication de bans et ajoute le règlement que voici :

« La cour enjoint au grand-vicaire de Paris d'observer » les ordonnances et constitutions canoniques concer- » nant la publication et dispense des bans, laquelle dis- » pense ne pourra être accordée pour marier des mineurs » sans le consentement des père et mère, tuteurs et » curateurs.

» Ordonne aussi que les actes de célébration de ma- » riage seront insérés dans les registres des paroisses » de la demeure des contractants, sans qu'ils puissent » demeurer entre leurs mains, et sera le présent arrêt » lu et publié au siège de Tours. »

207. Au cours du XVII[e] siècle, un changement se produisit. On distingua entre les mariages des majeurs et ceux des mineurs. Pour les premiers, on admit que le défaut de publication des bans n'entraînait pas la nullité. Mais, quand il s'agissait du mariage contracté par un mineur sans le consentement des parents, le défaut de

publications suffisait pour le rendre clandestin et par conséquent nul. L'union était valable, au cas où le consentement des parents avait été obtenu, « parce que » l'esprit de l'ordonnance est d'apporter des précautions, » afin que les enfans de famille ne puissent contracter » mariage sans le consentement de leurs parens » (208).

208. Cette distinction pouvait se justifier, dans une certaine mesure, par le lien naturel que les canonistes avaient toujours établi entre les mariages clandestins et les mariages contractés par des fils de famille *sine consensu parentum* (209).

On chercha néanmoins à mettre cette jurisprudence d'accord avec le droit canonique fixé par le concile de Trente, bien que celui-ci n'eût pas été reçu en France. On y arriva au moyen des deux théories juridiques, celle de la clandestinité et celle du rapt de séduction.

209. Malgré les protestations du clergé, les parlements s'immisçaient de plus en plus dans la matière du mariage ; leur jurisprudence contribua à distinguer le contrat civil du sacrement; elle fit du curé, un délégué du pouvoir civil et reconnut au roi le droit de créer des empêchements dirimants. Les juges étaient en outre guidés par la grande préoccupation de l'époque, en matière matrimoniale : le désir d'empêcher les mésalliances.

Quoique la forme prescrite par le concile pour le mariage, écrit POTHIER, soit très sage et qu'elle ait été en conséquence adoptée et confirmée par nos rois, néanmoins le concile excédait son pouvoir en déclarant nuls, de sa seule autorité, les mariages où elle n'aurait pas été observée; car les mariages en tant que contrats, appartiennent, comme tous les autres contrats, à l'ordre

---

(208) *Mémoires du clergé de France*, t. V, col. 1119.
(209) ESMEIN, t. II, pp. 174-175.

politique, et ils sont par conséquent de la compétence de la puissance séculière et non de celle du concile, à qui il n'appartient pas de statuer sur leur validité ou leur invalidité.

Les tribunaux ecclésiastiques connaissaient des nullités de mariage provenant de l'inobservation des règles canoniques, mais ils étaient soumis à la haute juridiction des parlements en possession d'annuler leurs décisions, au moyen de l'appel comme d'abus.

Le parlement de Normandie, pénétré de tendances aristocratiques et de la haine traditionnelle du Normand pour les alliances inégales, annulait le mariage du fils de famille, majeur de trente ans, contracté après sommation respectueuse, si le projet de l'union avait été formé avant la majorité requise.

Roupenel de Chenilly, conseiller au dit parlement, nous renseigne que l'annulation de mariages de ce genre était également prononcée, en cas d'inégalité choquante entre la condition du mari et celle de la nouvelle épouse, à raison « du zèle pour ces pères infortunés que la tendresse a armés contre leurs enfants retenus dans les liens d'une folle passion » (210).

210. En 1691, on nomme des greffiers des insinuations ecclésiastiques, chargés de vérifier et de contresigner les dispenses à peine de nullité et, en 1697, on établit les contrôleurs des bans et publications de mariage. Défense est faite aux parties de contracter mariage et aux prêtres de bénir l'union, avant vérification des bans. Les frais dus de ce chef sont proportionnés à la condition sociale des futurs époux, de cinq sols à six livres.

---

(210) *Annotations sur Pesnel*, p. 241, citées par Cauvet, *De l'organisation de la famille d'après la coutume de Normandie* (*Rev. de législat. et de jurispr.*, t. XXIX, p. 136).

Ces deux mesures, ayant plutôt pour but de créer de nouveaux emplois et de procurer des ressources au Trésor, rencontrèrent une violente opposition, et, de fait, furent constamment négligées. La nullité n'était pas à craindre ni des majeurs, ni des époux mineurs munis du consentement nécessaire, puisque, dans ces cas, le défaut de proclamations restait sans sanction légale ; la jurisprudence était formelle. Dans tous les autres cas, l'inobservation n'acquérait d'importance que si le mariage était attaqué en justice.

211. Intervint ensuite l'édit de mars 1697 et la déclaration du 15 juin suivant. Le roi passe sous silence la nullité résultant du défaut de célébration par le propre curé.

La jurisprudence des Parlements y suppléa ; elle consacre, nous venons de le voir, une innovation grave, en exigeant, à peine de nullité, la célébration par le propre curé. Cette nouvelle doctrine était contraire aux principes admis à Trente. Le Parlement décide que la bénédiction nuptiale et, par conséquent, le consentement du curé et la formule *Ego vos in matrimonium conjungo*, constituent une des conditions essentielles de l'union conjugale (211).

Aussi, vers la seconde moitié du XVIIIe siècle, au temps de Pothier, le rôle du curé se trouvait transformé ; il n'est plus le *testis spectabilis* du concile de Trente, il devient le ministre du sacrement. La bénédiction nuptiale, un pieux usage au temps de Charlemagne, est considérée comme condition essentielle. Pothier s'efforce de mettre cette doctrine en concor-

---

(211) De là vint cette expression si usitée jadis *le conjungo*, que l'on trouve employée dans de nombreuses comédies et qui n'a pas encore complètement disparu de nos jours du langage familier.

dance avec le droit canon qui déclare les parties elles-mêmes ministres du sacrement. « Il est vrai qu'elles en sont les ministres quant à ce qui est de sa substance, et qu'elles se l'administrent réciproquement par leur consentement et la déclaration extérieure qu'elles se font de ce consentement; mais le prêtre est, de son côté, le ministre des solennités que l'Eglise et le prince ont jugé à propos d'ajouter au mariage, pour sa validité, et il est préposé par l'Eglise et le prince pour exercer ce ministère » (POTHIER, n° 353).

212. « Les mariages, » écrit MONTESQUIEU, « étant de toutes les actions humaines celles qui intéressent le plus la société, il a bien fallu qu'ils fussent réglés par les lois civiles. »

Néanmoins, le grand écrivain ne parvient pas à se soustraire à l'influence de son milieu et de son époque; car, de son temps, le mariage relevait à la fois du pouvoir ecclésiastique et de l'autorité civile. Il ajoute : « Tout ce qui regarde le caractère du mariage, sa » forme, la manière de le contracter... tout cela est du » ressort de la religion... La loi de la religion veut de » certaines cérémonies et les lois civiles veulent le con- » sentement des pères. Elles demandent en cela quelque » chose de plus, mais elles ne demandent rien qui soit » contraire. Il suit de là que c'est à la loi de la religion » à décider si le lien sera indissoluble ou non » (L. XXVI, chap. XIII).

213. Si le mariage est sacrement, écrit POTHIER, et, sous ce rapport, du ressort de la puissance ecclésiastique, il est aussi contrat civil, et comme contrat civil, il appartient à l'ordre politique et il est en conséquence sujet aux lois de la puissance séculière. La qualité de sacrement qui survient en ce contrat, mais qui en suppose la préexistence, ne soustrait pas ce contrat aux

droits qu'a la puissance séculière de régler les contrats, et tout ce qui est de l'ordre politique.

D'ailleurs la loi civile, en déclarant nul un contrat de mariage fait contre sa disposition, ne touche point au sacrement de mariage, puisque le contrat de mariage qu'elle rend nul n'est pas sacrement. Elle empêche seulement, en le déclarant nul, qu'il ne puisse être la matière du sacrement du mariage. C'est là, nous semble-t-il, une transition entière. Les idées anciennes, et celles de notre droit moderne, ont pu y trouver en même temps la juste conciliation entre les idées religieuses de chacun et la liberté garantie à tous par la législation. Les lois civiles s'attachent au contrat civil dont elles règlent l'essence et les effets (POTHIER, n° 15).

214. Le contrat consiste dans le seul consentement des personnes qui s'unissent, le sacrement en est la sanctification, mais il ne forme pas le mariage, il le suppose préexistant, car on ne sanctifie pas ce qui n'existe pas.

« Je ne prétends pas cependant conclure de là », continue DENISART, « qu'on puisse valablement contracter un mariage en France, sans qu'il soit suivi de la bénédiction nuptiale; sans le sacrement, dont le propre curé est le ministre, il n'y a point de mariage; ceux qui se contractent autrement sont sans effet » (V° *Mariage*, t. II, p. 127).

215. Un arrêt du 29 décembre 1693 déclare le curé de Rethel non recevable en l'appel comme d'abus qu'il avait interjeté du mariage d'un de ses paroissiens, célébré à Paris sans sa permission par un prêtre étranger. En mariant leurs paroissiens, fait observer POTHIER, ils n'exercent aucune juridiction sur eux; ils ne peuvent donc pas prétendre que ces paroissiens ont donné atteinte à leurs droits en se mariant ailleurs; c'est au

ministère public à se plaindre de cette infraction à la loi (POTHIER, n° 450).

En résumé, dans le dernier état de l'ancien droit, le mariage se contracte par l'échange des consentements et par la bénédiction nuptiale, selon les formes des ordonnances royales.

216. Cette lutte séculaire, incessante, entre le pouvoir civil et l'autorité ecclésiastique devait cependant avoir une issue ; les légistes et les parlements l'emportèrent. La formule du mariage civil se trouve par avance dans les écrits des anciens auteurs, les avis et conclusions des avocats généraux près les divers parlements et dans les arrêts. Leur doctrine peut se résumer en quelques mots : Le contrat relève du pouvoir séculier ; dès lors, l'Etat a compétence pour réglementer le mariage. L'Eglise a certes le droit et le devoir d'y ajouter des cérémonies, de lui donner sa bénédiction, d'en faire un sacrement, mais le contrat n'est pas de son domaine.

De cette théorie à l'institution d'un contrat distinct, au mariage civil, il n'y avait qu'un pas. Ce pas allait être franchi, lors de la Révolution.

XV. — Période révolutionnaire.

217. Le mariage était resté un sacrement conférant la grâce, et comme tel relevant du pouvoir ecclésiastique; la forme religieuse de la cérémonie avait résisté à toutes les attaques. Un bouleversement politique établit la liberté des cultes et imposa à tous, sans distinction de confession religieuse, la forme civile de l'union conjugale. Il était réservé à l'Assemblée constituante de décréter la séparation démocratique du spirituel et du temporel et la sécularisation de l'union conjugale.

Dans les lois de la Révolution, le mariage civil apparait avec une portée toute nouvelle, l'application d'une idée simple et fondamentale : la société laïque, représentée par l'Etat, est considérée comme entièrement distincte des sociétés religieuses.

218. Il s'établit toute une réglementation nouvelle du mariage, remplaçant le droit canonique et les ordonnances. Déjà la jurisprudence des parlements en était arrivée à ne plus reconnaître qu'à l'Etat seul le droit de déterminer les empêchements. La Constituante s'en inspira, lorsqu'elle fut amenée à poser les règles de fond du mariage. Elle eut aussi à s'occuper des formes de la célébration. A la séance du 12 juillet 1790, on donna lecture d'une pétition de Talma. Celui ci se plaignait du refus du curé de Saint-Sulpice de publier ses bans et de lui donner la bénédiction nuptiale, parce qu'il était comédien. Talma en appelle à la justice de l'Assemblée. Après débat, l'examen de cette pétition fut renvoyée aux comités ecclésiastique et de constitution réunis (212).

---

(212) *Archives parlementaires*, t. 17, p. 50; BASDEVANT, p. 175.

Le rapport fut rédigé par Durand de Maillane. Il reprend tout d'abord l'idée « que le mariage est un contrat comme tous les autres contrats passés entre les hommes, sans qu'il puisse cesser d'être tel, parce que la religion catholique en a fait un sacrement ». Il soutient que la distinction du contrat et du sacrement n'a été condamnée par aucun concile. Il invoque l'autorité de saint Thomas, d'après lequel le mariage peut être considéré à trois points de vue : 1° du droit naturel; 2° du droit civil; 3° du droit divin. (Voir n° 14).

La puissance séculière a le droit de régler souverainement l'état civil et conjugal de ses sujets. Mais l'Eglise, de son côté, restera libre dans sa législation spirituelle. Il en résultera la coexistence de deux mariages : l'un civil, l'autre religieux, indépendants l'un de l'autre. Comme conséquence, la possibilité de recevoir la bénédiction nuptiale avant de déclarer son union à l'officier municipal (213); mais s'il est permis de contracter un mariage religieux, il sera inefficace aux yeux de la loi civile.

On désire ainsi assurer l'état civil de tous les citoyens sans distinction de croyances religieuses. On veut même leur assurer la plus grande liberté, quant à la célébration du mariage religieux. C'est l'application des principes antérieurement énoncés dans la déclaration des droits. L'édit de novembre 1787 concernant les mariages des non-catholiques a déjà frayé le chemin dont la nouvelle constitution exige l'agrandissement.

Quant à l'affaire Talma, la loi civile ne doit voir dans le mariage que le contrat, elle doit le rendre possible,

---

(213) Le rapport contenait défense de recevoir la bénédiction nuptiale avant d'avoir fait la déclaration devant l'officier municipal; cette exigence fut écartée dans le projet qui suivit le rapport comme une concession aux réclamations dont il fut l'objet.

malgré le refus du prêtre. Néanmoins, cette affaire restera soumise aux lois ecclésiastiques.

Le curé de Saint-Sulpice est donc en règle, quand il refuse la bénédiction nuptiale à ceux qui exercent une profession réprouvée par l'Eglise. La puissance civile, en déterminant la force et les conditions du mariage, doit laisser, « pour tout ce qui ne regarde que l'administration religieuse du sacrement, les ministres de l'Eglise dans le droit et la liberté de le régler comme ils trouvent meilleur pour le salut des âmes et la plus grande gloire de Dieu. » (214)

219. Dans les séances des 17 et 19 mai 1791, l'Assemblée délibéra sur le projet de réglementation civile du mariage, s'occupant surtout de la formation du lien conjugal. On propose une déclaration devant l'officier municipal remplaçant la célébration par le curé, afin de mieux assurer la liberté de conscience. Cette proposition avait surtout en vue les catholiques qui n'avaient pas accepté la constitution civile du clergé, et qui, à raison de leur qualité même de catholiques, ne pouvaient invoquer l'édit de 1787. Treilhard appuya la proposition, en se basant sur l'égalité des citoyens devant la loi, il invoqua en outre la liberté de conscience.

220. Néanmoins l'ajournement du projet fut prononcé.

A la séance du 27 août 1791, l'assemblée vota la disposition suivante qui devint l'article 7 du titre II de la Constitution :

« La loi ne considère le mariage que comme contrat » civil.

» Le pouvoir législatif établira pour tous les habi» tants, sans distinction, le mode par lequel les nais-

(214) *Archives parlementaires*, t. 26, pp. 166-187; Basdevant, pp. 176-183.

» sances, mariages et décès seront constatés et il » désignera les officiers publics qui en recevront et » conserveront les actes. »

En exécution de cette disposition constitutionnelle, l'assemblée législative organisa le mariage comme contrat civil et institua des officiers civils pour célébrer l'union de tous les citoyens, sans distinction de culte. (Loi du 20 septembre 1792.)

221. Le décret du 20 septembre 1792 fixe l'âge du mariage à 15 ans pour les hommes, à 13 ans pour les filles et n'impose la nécessité du consentement du père que jusqu'à l'âge de 21 ans.

Un décret postérieur du 7 septembre 1793 autorisa même les mineurs orphelins à se marier, après certaines formalités, contre l'avis du conseil de famille, sauf en deux cas particuliers déterminés par la loi.

Ainsi se traduisit la réaction contre les lois de l'ancien régime sur les mariages contractés sans le consentement des parents.

Mais les réformateurs perdirent toute mesure; à leurs yeux, il ne devrait y avoir guère de différence entre le mariage et le concubinat, et il faudrait faire cesser l'intervention usurpatrice de la loi dans un contrat qui ne doit relever que de la liberté individuelle. Il y eut un jour, en 1793, où la révolution, faussée et subjuguée, s'est malheureusement associée à ces idées désorganisatrices; c'est le jour où l'on décréta que l'Etat nourrirait à ses frais la maîtresse de Marat et où l'on appela du nom de sa *veuve* cette gouvernante que, selon les paroles de Chaumette, il avait prise pour épouse, *un jour de beau temps* à la face du soleil (215).

222. Déjà, sous l'ancien régime, le mariage avait

---

(215) TROPLONG, *Rev. de législat. et de jurispr.*, t. XXXII, p. 156.

perdu une partie de sa dignité, l'irrégularité était devenue la règle. Le mari et la femme logeaient dans le même hôtel, mais c'était tout. Sur vingt seigneurs de la cour, il y en avait quinze qui ne vivaient point avec leurs femmes et qui avaient des maîtresses. Rien même n'était si commun à Paris entre particuliers (216). Sur ce point, comme sur tous les autres, le désordre des mœurs et les abus avaient préparé l'œuvre de la Révolution.

223. La loi de 1792 admet le divorce avec une facilité déplorable. « Considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte », le législateur organise trois divorces différents : l'un pour causes déterminées, l'autre par consentement mutuel, et le troisième par la volonté d'un des époux, pour cause d'incompatibilité d'humeur. Comme chaque époux pouvait rompre le contrat pour les motifs les plus futiles, on avait supprimé la stabilité et compromis du même coup l'existence de la famille. La licence des mœurs ne connut plus de bornes. Suivant la remarque de M. Glasson, le divorce produisit les mêmes effets qu'autrefois à Rome : il fut inutile ou dangereux ; inutile dans les campagnes, où les paysans refusèrent d'y recourir ; dangereux dans les grandes villes, où l'on se hâta d'en abuser (217). Il n'est pas sans intérêt de lire les éloquentes réclamations qu'inspirait, aux orateurs des assemblées révolutionnaires, l'effroyable progrès de la corruption.

Un individu, condamné à douze ans de fer pour bigamie se pourvoit en cassation. Il fait observer « qu'on ne peut voir dans la bigamie que la négligence d'une

---

(216) Taine, *op. cit.*, t. Ier, p. 207.
(217) E. Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, p. 261 (2e édit.).

simple formalité ; que la bigamie n'était autrefois un crime que parce qu'elle portait atteinte aux droits du mariage, mais qu'il n'y a point de droits du mariage, là où un des époux peut le dissoudre par un simple acte de sa volonté. » Le pourvoi fut admis.

224. Le mariage traversait une crise analogue, sous maints points de vue, à celle que cette institution traverse dans la France actuelle. Le caractère d'indissolubilité y fut jadis en honneur ; sous la Révolution, il reçoit les atteintes les plus graves. Aussi bien de nos jours, dans certains milieux, notamment les milieux ouvriers des grandes villes, le mariage considéré comme union indissoluble n'existe plus. « C'est une conséquence, disait M. Guillot, juge d'instruction à Paris, de la passion d'indépendance sans limites, sans obstacles, qui est l'état nouveau des esprits. On a besoin d'une liberté absolue, on ne veut être attaché par rien » (218).

La complication des formalités exigées pour la célébration du mariage civil, l'affaiblissement progressif des idées chrétiennes, enfin et surtout l'inquiétante prédominance des tendances égoïstes, l'extrême irritabilité des individus impatients des jougs les plus légitimes, toutes ces raisons et d'autres encore font préférer dans ces milieux l'union libre au mariage (219). Aussi le divorce n'est plus un accident. C'est la rupture prévue et acceptée par les mœurs, d'une union devenue trop pesante. Des publicistes, comme M. Naquet, estiment que si le mariage légal constitue un mal nécessaire dans l'état actuel de la société, c'est que nous ne sommes pas encore mûrs pour la libération complète du mariage et

---

(218) Cette déclaration est citée dans le *Bilan du divorce* de M. Hugues Le Roux.

(219) Olivier Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, 1789 à 1804, p. 3 (Thèse), Paris, 1901.

que « c'est seulement avec le communisme que l'amour pourra recevoir son affranchissement total. » L'apôtre du divorce soutient et défend la campagne dont les frères Paul et Victor Margueritte ont pris l'initiative. A la date du 18 octobre 1902, ces derniers adressèrent à la Chambre une pétition tendant au rétablissement du divorce par consentement mutuel, et à son obtention pour simple incompatibilité d'humeur et aussi par la volonté persistante d'un seul des conjoints (220). C'est le divorce unilatéral sans cause déterminée ; ce qui conduirait peu à peu à *l'union libre* et ce qui, du même coup, aurait pour effet de supprimer toute distinction entre les enfants légitimes, naturels et adultérins (221).

---

(220) P. et V. MARGUERITTE, *Mariage et divorce ;* ALFRED NAQUET, *La loi du divorce.*

(221) Dans l'opinion de M. NAQUET, « le lien conjugal est de ceux qui ne peuvent être imposés à un être humain malgré lui. L'amour seul ôte aux relations sexuelles leur caractère de brutalité et de débauche ; seul, il les moralise et les élève..... En pareille matière, toute obligation est une honte ».

« Cette honte », continue-t-il, « nos cerveaux façonnés par l'idée biblique, par l'enseignement judéo-chrétien, l'acceptent sans protestation. Mais un esprit affranchi, libre de préjugés et vraiment moral, ne saurait trop énergiquement la repousser. »

En lisant cette argumentation, il nous souvient avoir lu dans STENDHAL qu'il n'y a d'unions à jamais légitimes que celles qui sont commandées par une vraie passion. M. NAQUET se serait-il inspiré du traité *De l'Amour* et des principes de la *cristallisation?* Quoi qu'il en soit, ce hardi novateur perd de vue que le mariage est avant tout et surtout un acte relevant du domaine juridique et non de la fantaisie, ni du roman. C'est essentiellement un contrat mixte dans lequel l'Etat a le droit d'intervenir. L'idée catholique, qui voit dans le mariage un *consortium omnis vitæ*, est en même temps une idée juridique ; le divorce est une exception aux principes sur lesquels repose la constitution de la famille. L'état de famille d'une personne est un état indélébile ; on est toujours et à jamais fils, fille, frère, mère. Aussi, une union indissoluble est le véritable idéal vers lequel doit tendre le perfectionnement de la société moderne.

Tout cela n'est ni bien neuf, ni bien original. Ces théories se sont produites durant la période révolutionnaire. A cette époque grave de l'histoire de France, on a expérimenté des solutions législatives comparables à celles dont l'opportunité est si vivement discutée aujourd'hui. Ces innovations audacieuses n'ont abouti qu'au désordre, sinon au ridicule. Il a bien fallu en revenir au mariage régulier avec son caractère d'indissolubilité, base de tout l'édifice familial, le divorce ne devant être admis que pour des causes graves et exceptionnelles. On se marie surtout pour former une famille et comme le disait plus tard PORTALIS, dans son Exposé des motifs, « les familles sont les pépinières de l'Etat et c'est le mariage qui forme les familles ».

225. Le 30 août 1792, le député AUBERT DUBAYET, au bout d'un discours de trois minutes, fit déclarer par l'Assemblée législative que le mariage est un contrat dissoluble. Le 7 septembre, le rapport fut déposé et, le 20 septembre, la loi votée.

La section IV contient les dispositions suivantes :

« ARTICLE PREMIER. — L'acte de mariage sera reçu *dans la maison commune* du lieu du domicile de l'une des parties.

« ART. 2. — Le jour où les parties voudront contracter leur mariage, sera par elles désigné, et l'heure indiquée par l'officier public chargé d'en recevoir la déclaration.

« ART. 3. — Les parties se rendront dans la salle

Au surplus, le mariage crée un état dont le maintien importe à la société. C'est pourquoi le divorce n'est pas une question de conscience religieuse, comme on l'a prétendu à tort, c'est une question d'ordre public et il ne doit être admis qu'à titre d'exception et dans les situations extrêmes ; c'est un remède fâcheux mais nécessaire, disait TREILHARD.

publique de la maison commune, avec quatre témoins majeurs, parens ou non parens, sachant signer, s'il peut s'en trouver aisément dans le lieu, qui sachent signer.

« ART. 4. — Il sera fait lecture, en leur présence, par l'officier public, des pièces relatives à l'état des parties, et aux formalités du mariage, telles que les actes de naissance, les consentements des pères et mères, l'avis de la famille, les publications, oppositions et jugements de main-levée.

« ART. 5. — Après cette lecture, le mariage sera contracté par la déclaration, que fera chacune des parties à haute voix, en ces termes :

Je déclare prendre (le nom) *en mariage*...

« ART. 6. — Aussitôt après cette déclaration faite par les parties, l'officier public, en leur présence et en celles des mêmes témoins, prononcera, au nom de la loi, « qu'elles sont unies en mariage. »

Comme la loi ne portait pas la peine de nullité, la question s'éleva si, lorsqu'un des futurs époux était hors d'état de se rendre à la maison communale, l'officier de l'état civil pouvait se transporter à son domicile pour y célébrer le mariage.

Et le ministre de l'intérieur se prononça pour l'affirmative par une lettre circulaire du mois de ventôse an VII.

Vers le même temps, un mariage ainsi contracté par le sieur Meirines, au lit de la mort, fut attaqué par sa sœur, son héritière, sous le prétexte que la célébration dans la maison commune était une formalité substantielle. Mais il fut déclaré valable par un jugement du tribunal civil de Seine-et-Marne; et ce jugement fut confirmé, sur l'appel, par un arrêt contre lequel on tenta un recours en cassation qui fut rejeté, *attendu que le jugement attaqué ne renfermait aucune con-*

travention aux lois. (*Journal des audiences de la Cour de cassation*, de 1791 à l'an XII, p. 523.)

Une législation qui interdit les vœux perpétuels ne saurait admettre la perpétuité du vœu matrimonial et les mesures législatives se succèdent qui relâchent peu à peu les liens conjugaux.

En 1792, le mariage est une union civile qui n'existe pas en dehors de certaines formalités administratives propres à assurer l'état des citoyens. La volonté seule des parties est impuissante à créer cette union sans l'intervention de l'autorité. La sécularisation s'était faite, en déclarant que la loi ne considère le mariage que comme contrat civil ; c'était l'expression de l'ancien droit. Ce mot «civil» servait à affirmer la compétence et l'autorité de la puissance séculière. Les nouveaux législateurs firent découler de ce principe une conséquence à laquelle les anciens légistes n'avaient point songé. De cette idée de contrat, ils tirèrent les déductions qu'elle comporte ; si la volonté des parties est impuissante à créer l'union, elle peut pourtant la défaire. Aucun contrat n'est perpétuel ; on ne peut pas s'engager pour toute sa vie ; ce serait renoncer à sa liberté, et la liberté est inaliénable.

Ils établirent ainsi les conditions dans lesquelles le mariage pouvait être rompu (222). Et en effet, la conséquence logique de la théorie qui considère le mariage comme contrat civil, c'est incontestablement le divorce. Le clergé le comprenait bien quand il résistait de tout son pouvoir à cette doctrine. On peut objecter que le

---

(222) Les motifs déterminés sont au nombre de sept : démence, folie ou fureur, condamnation à des peines afflictives ou infamantes, crimes, sévices ou injures graves, dérèglement notoire de mœurs, abandon de la femme par le mari ou inversement, absence de l'un d'eux sans nouvelles pendant cinq ans, émigration.

mariage est un contract spécial et que, par suite, des règles spéciales doivent lui être appliquées ; on ne pourrait de bonne foi le comparer à une vente ou à un louage. Certes, aux yeux du législateur, le mariage n'est pas abaissé à un degré pareil, et c'est pourquoi des conditions d'âge, de consentement des parties et, dans certains cas, de consentement des parents sont nécessairement requises pour la formation du contrat matrimonial. Mais l'assimilation du mariage à un contrat en vue de l'établissement au divorce ne repose pas seulement sur l'idée juridique. Le divorce est légitimé par les besoins sociaux. Ce n'est pas la théorie seule qui l'exige ; la pratique aussi le demande comme une institution bienfaisante. Aussi les révolutionnaires se placent-ils au point de vue social et décrètent-ils que cette institution est nécessaire au bonheur des époux et de la société ; on devait surtout éviter aussi l'asservissement de la femme (223).

226. Le procès en divorce, tel que nous le connaissons aujourd'hui, n'existait pas ; toute la procédure se déroulait en dehors de l'autorité judiciaire. La demande faite par un seul des époux pour incompatibilité d'humeur, exige la réunion de trois assemblées successives de parents ou d'amis, un mois, trois mois et six mois après la convocation, puis il faut un nouveau délai de six mois avant la prononciation du divorce, ce qui porte à un an, au moins, la somme de tous les délais imposés (Décret 20 septembre 1792, § II, art. 8-14). Mais si les deux époux sont d'accord pour rompre le lien conjugal, il importe de faire, dans un bref délai, droit à leur demande. En conséquence, après une assemblée de famille composée de six parents ou amis, au bout de deux mois seulement s'ils n'ont pas d'enfants, et de quatre

(223) *Archives parlementaires*, t. XLIX, pp. 117-118.

dans le cas contraire, ils peuvent faire prononcer leur divorce, par l'officier de l'état civil (Id., art. 1-7).

Enfin, dans le cas d'une demande basée sur une cause déterminée, il n'y a lieu à aucun délai d'épreuve; si les arbitres de famille n'amènent pas de réconciliation immédiate ou si les motifs sont établis par des jugements, l'officier de l'état civil doit prononcer le divorce sans entrer en connaissance de cause (id., art. 15-28).

Ainsi les délais deviennent de plus en plus courts, suivant la cause invoquée par l'un ou l'autre des époux; un an, deux mois, enfin pas même un jour.

En principe, chacun des époux recouvre sa liberté et peut se remarier (id., art. 16); la femme à raison de sa nature physique ne peut contracter un nouveau mariage qu'au bout d'un an. Le législateur de 1792, épris d'égalité, impose le même délai à l'homme. Au surplus, les conjoints divorcés peuvent se remarier, soit entre eux, soit même avec le complice de leur adultère (id., art. 2-3). L'autorité publique n'intervient donc que pour l'enregistrement pur et simple des parties en cause.

227. Le vote de la loi du divorce fut accueilli avec satisfaction. Dès le 12 septembre, la citoyenne Le Fèvre, dans une pétition restée célèbre, proclame que cette loi est « le triomphe de la philosophie sur la défaite des préjugés immoraux ».

Toutefois, la loi ne fut pas appliquée partout avec un empressement unanime. Une pétition, adressée à Cambacérès par le citoyen Roé, contrôleur des douanes, à Longwy, curieuse à maints titres, nous montre certaines municipalités éloignées, réfractaires à son application. « Marié depuis plus de dix ans », écrit-il, « à une » femme vicieuse et corrompue, j'ai abandonné un » emploi avantageux que j'occupais dans le lieu de son » domicile, pour me soustraire au supplice insuppor-

» table de sa présence. Au mois de novembre 1791, j'ai » voulu faire divorce en vertu d'un article de l'ancienne » constitution qui réduisait le mariage à un engagement » purement civil...; j'ai envoyé pour cet effet, ma procuration à un particulier de Bayonne, lieu de la » résidence de ma femme, mais tous les esprits se révoltèrent à cette demande de divorce, les Bayonnais se » sentent fortement de la superstition de leurs voisins » les Espagnols. Je fus donc obligé d'attendre jusqu'à » l'époque où le divorce serait décrété explicitement. » Je renouvelai alors ma demande, mais toutes les » démarches que je fis pour cet objet furent infructueuses... Je languirais toujours dans les liens d'un » hymen que j'abhorre et qui m'a fait passer les plus » beaux jours de ma vie dans la tristesse et le chagrin, » si votre rapport sur la législation civile que j'ai lu » dans le *Moniteur*, ne me rendait l'espérance d'être » bientôt délivré d'un joug aussi pesant et de m'associer » ensuite une compagne douce et loyale qui puisse me » faire oublier les disgrâces et les maux sans nombre » qu'un premier engagement fait sans inclination de » ma part, a versés sur ma jeunesse » (224).

228. De l'idée de contrat les révolutionnaires tirent une autre conséquence. Ils autorisent le mariage des prêtres. Déjà l'abbé de Saint-Pierre, Montesquieu, Diderot, s'étaient élevés contre le célibat imposé aux religieux. En 1789, beaucoup de cahiers des Etats-Généraux demandaient le mariage des prêtres. Aussi, quand en 1790 et 1791 l'Assemblée constituante discuta, puis établit la nature du mariage en le considérant comme un pur contrat civil, une foule de brochures réclamèrent

---

(224) PH. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française*, p. 428 (Paris 1898); OLIVIER MARTIN, *op. citat.*, p. 229, où le document se trouve reproduit en entier.

cette réforme de la discipline ecclésiastique. A Paris, dès 1790, l'abbé de Cournand fit une motion à cet égard dans l'assemblée générale du district de Saint-Etienne-du-Mont. « Trop longtemps », disait-il, « on a opposé » une prétendue loi de l'église pour lui faire tolérer un » usage qui contrarie visiblement le dessein et les senti- » ments les plus sacrés de la nature ». C'est un droit naturel : aucune loi ne peut en priver l'homme, et Dieu ne saurait défendre ce qui est dans l'ordre de la nature (225). Des prêtres commencèrent à se marier en 1791. L'Assemblée constituante avait décrété que les religieuses qui se marieraient seraient privées de leur traitement, mais ensuite, le 10 septembre 1791, il fut décidé qu'elles conserveraient leur pension tout entière.

Le 19 octobre, Delaunay d'Angers soutint à l'Assemblée législative la pétition des administrateurs du département de Maine-et-Loire, qui priaient l'Assemblée de conserver son traitement à un ci-devant bénéficier qui venait de se marier. « L'intention de la nation, » dit-il, « n'est pas de vouer au célibat une classe de citoyens, c'est-à-dire de la condamner à un état que la nature réprouve et auquel elle n'est assujettie par aucune loi. » Comme il n'existait pas de loi contraire à la pétition qui avait été faite, on passa à l'ordre du jour.

Dès lors, beaucoup de prêtres, sûrs désormais de n'être pas privés de leur traitement, se marièrent. Toutefois, certains évêques leur refusèrent l'institution canonique. C'est ainsi que l'évêque de Seine-et-Oise la refusa à son vicaire parce qu'il était marié. Parfois même ils les destituèrent, excitèrent contre eux les populations des campagnes. La Convention nationale rendit alors des décrets favorables aux prêtres mariés. Elle annula toute

(225) Ph. Sagnac, *op. citat.*, p. 281.

destitution de prêtre catholique pour cause de mariage, décréta que les évêques qui apporteraient, soit directement, soit indirectement, quelque obstacle au mariage des prêtres, seraient déportés et remplacés; que tout prêtre marié conserverait son traitement, que, s'il était inquiété par les habitants de la commune où il résidait, il pourrait se retirer n'importe où et que son traitement lui serait payé aux frais de la commune qui l'aurait persécuté. Enfin, la Convention donnait aux prêtres catholiques mariés ou dont les bans avaient été publiés, des privilèges exceptionnels et précieux en pleine Terreur; ceux-là mêmes qui n'avaient pas prêté le serment imposé par la constitution civile du clergé, n'étaient sujets ni à la déportation, ni à la réclusion (226).

229. Le 22 août 1793, Cambacérès, fidèle à sa théorie que « la volonté des époux forme la substance du mariage et que le changement de cette volonté en opère la dissolution », présente à la Convention un projet destiné à rendre le divorce plus facile et à en abréger les délais.

Les tribunaux de famille, chargés d'instruire les causes matrimoniales, y mettaient sans doute peu d'empressement, puisque, dès le 8 nivôse an II, une loi leur ordonne de statuer dans le mois de la demande. Aussitôt le divorce prononcé, les époux peuvent se remarier, la femme aussi bien que l'homme, pourvu qu'elle ait cessé de cohabiter avec son mari depuis dix mois.

Le 4 floréal de la même année, la latitude augmente encore, la femme peut se remarier, dès qu'elle établit qu'elle a accouché depuis la dissolution du mariage. Le 24 vendémiaire an III, une loi nouvelle dispense d'assigner la partie adverse dans certains cas : lorsqu'elle est portée sur la liste des émigrés ; lorsqu'elle réside à l'étranger ou aux colonies. Il semble que toutes les entraves

(226) Ph. Sagnac, p. 282 et les autorités citées en note.

doivent être brisées, tous les retards supprimés; on ne saurait aller trop vite dans les voies de la liberté (227).

230. Le bouleversement complet des principes anciens avait rendu les femmes impatientes à supporter la plus légitime autorité et incapables de sacrifier leurs passions aux devoirs.

Siméon, dans un discours aux Cinq-Cents, prononcé le 5 pluviôse an V, estime que « cette facilité du divorce n'est autre chose qu'une sorte de polygamie; au lieu du mariage, on a introduit sous un nom honnête, une sorte de prostitution ».

Une pétition de l'an III, signée par le sieur Arnold Dubois de Liége, résidant à Rouen, nous laisse supposer que beaucoup d'individus divorcèrent plusieurs fois. « Un drôle est à sa quatorzième femme et il en changera, dit-il, autant que de chemises » (228).

Il n'en est pas moins vrai que ces divorces successifs étaient légaux; on en sentit les inconvénients. Aussi, plus tard, l'une des préoccupations des rédacteurs du code civil fut leur prohibition.

231. Le divorce pour incompatibilité d'humeur permet de rompre le mariage dans les cas les plus variés; c'est ce qui laissait les époux en proie à tous les entraînements de la passion. Le divorce permet également des fraudes graves contre les créanciers ; le mari transportait la propriété de tout l'actif mobilier à sa femme, laquelle demandait le divorce et ensuite le mari allait la rejoindre.

Le divorce déjoua par contre les calculs de conjoints trop intéressés. Un jeune homme de 17 ans avait épousé

---

(227) G. FONSEGRIVE, *Mariage et Union libre*, p. 104. (Paris 1904.)

(228) Cette pièce curieuse est reproduite par OLIVIER MARTIN, p. 242.

une femme de 51 ans, qui lui avait fait donation de tous ses biens par contrat de mariage. Sur les instances de son frère, la femme demanda le divorce pour incompatibilité d'humeur et le bon jeune homme déçu eut le cynisme de se plaindre.

Il prêtait également aux combinaisons les plus variées. Un jeune homme épouse une jeune fille assurée de recueillir l'héritage d'une grande tante; la loi du 17 nivôse an II les prive de cet espoir. Le jeune homme divorcé épouse la grande tante qui a 82 ans et se fait donner tous ses biens par contrat de mariage. La vieille tante ne tarde pas à mourir et le jeune veuf se remarie avec sa première femme.

Un député à la Convention marie sa fille avec le curé de sa paroisse. Les événements révolutionnaires le prive de ses émoluments. Le père, soucieux des intérêts de sa fille, la fait divorcer et se remarier avec un très vieux chanoine de la cathédrale de Paris qui possède des propriétés considérables. Ce mariage sauve le chanoine emprisonné et lui permet de conserver ses biens, lesquels contribuent à former le patrimoine de la fille du prévoyant député (MARTIN, p. 168). Pendant La Terreur, le mariage fut considéré comme un bon moyen d'échapper à la suspicion qui menaçait tout le monde.

Il est certain aussi que beaucoup de femmes d'émigrés ou de proscrits divorcèrent pour conserver les biens de leurs époux. Ces divorces furent sans doute simulés dans beaucoup de cas. C'est ainsi que le divorce servit à faire fraude aux lois, très sévères sur l'émigration.

On divorce également pour les motifs les plus frivoles; parce que le mari refuse de mener sa femme au bal. A Paris, les femmes divorcées étaient nombreuses; dans le monde on les appelait « les jeunes veuves ».

232. Beaucoup de femmes profitèrent de ce que leur

mari était aux armées pour demander le divorce. C'est ainsi que de nombreux militaires se trouvèrent divorcés sans s'en être doutés.

Le ministre de la justice consulté admet la possibilité de poursuivre par procuration le divorce pour motifs déterminés. Les instances étaient menées parfois à l'insu de l'une des parties avec une grande rapidité. Une jeune femme que son mari a laissée à la campagne, sous un prétéxte, rentre quelques mois après à Paris, trouve dans sa chambre dégarnie une signification annonçant son divorce et s'aperçoit que son mari, remarié, habite la même maison.

Une circulaire du ministre de l'intérieur, en date du 26 fructidor an IV, témoigne que des mariages incestueux furent célébrés à cause du défaut de vigilance des officiers de l'état civil (229).

La loi qui accordait des secours aux femmes des volontaires permettait aux soldats de faciles mariages. Au bout de quatre jours, la municipalité les unissait et, quand la troupe repartait vers la frontière, le Trésor public seul, en payant la pension, se souvenait de cette union. Parfois aussi les soldats se mariaient à leur arrivée dans les cantonnements d'hiver, en convenant qu'on divorcerait à leur départ.

Les lois sur le recrutement provoquèrent également de nombreux mariages. On se mariait, pour échapper à la conscription, avec n'importe qui, même sa servante, et l'on divorçait après (MARTIN, p. 174).

En un mot, la France traversait à ce moment une crise douloureuse, où sombraient tous les anciens principes, tandis que s'enfantait laborieusement la société nouvelle.

233. Quelques esprits judicieux s'étaient rendu compte

---

(229) *Gazette des nouveaux tribunaux*, t. XIII et XIV, p. 213.

de l'importance morale et sociale de la cérémonie du mariage. GOTHIER avait exprimé le désir qu'elle fût célébrée devant l'autel de la Patrie, « avec toutes les solennités propres à rappeler la dignité de l'homme, les droits et les devoirs d'un citoyen ». Mais peu à peu la cérémonie du mariage fut célébrée avec une grande rapidité et expédiée par des employés sans allure comme une simple formalité administrative. La conséquence en fut que la plupart des nouveaux mariés ne se considéraient pas comme légitimement unis et se rendaient à l'église, au temple ou à la synagogue. Pour constater le peu de cas que l'on fit du mariage, citons le témoignage d'un membre du Directoire, Larévellière-Lépeaux :

« Je n'ai jamais assisté qu'une seule fois à un mariage » dans la commune de Paris; je n'ai de ma vie rien vu » qui m'ait choqué à ce point. L'avenue de la salle où » se trouvait l'officier public était obstruée de mille » grossiers personnages dont les dégoûtants propos et » les gestes cyniques blessaient les hommes les moins » délicats. Figurez-vous ensuite une salle sans propreté, » sans décoration où tout était entassé pêle-mêle et sans » ordre sur des bancs de taverne : mariés, mariées et » témoins (je ne dis pas parents, car les jeunes époux » qui étaient en assez grand nombre n'en avaient ni les » uns ni les autres); un officier public en cheveux rou- » lés et en chétive redingote du matin; une grande » vilaine statue de l'hymen ayant en main deux vieilles » couronnes de fleurs d'Italie toutes décolorées, quel- » ques scribes pour tenir les registres, tout cela monté » sur une antique estrade de vieux bois enfumé; un » appel successif de chaque couple, la prononciation en » quatre mots de je ne sais quelle formule, la signature » des époux et des témoins en bas de l'acte, et voilà » vingt, trente mariages terminés. Point de cérémonies, » point de discours, points de chants, points d'emblèmes,

» point de réunion des deux familles et des amis. Il faut » convenir que tout cela n'est pas bien propre à donner » l'idée d'un engagement sacré, et pour peu qu'on se » sente quelque penchant à la légèreté, on doit se faire » très peu de scrupule d'échapper à un lien auquel la » législation paraît ne pas attacher la plus petite impor- » tance » (230).

Larévellière-Lépeaux désirait remédier à cet état de choses et, dans ce but, il aurait voulu que le mariage fût célébré avec la plus grande solennité et que « les plus douces images réunies concourrent à le faire également respecter et obéir ».

234. Le 10 floréal an IV, on institua une fête des époux ; mais la détresse financière du Directoire imposa, paraît-il, la plus sévère économie dans l'ordonnance de la fête, et il ne semble pas que ce décret fût appliqué avec beaucoup de zèle.

D'après MAGGIOLO, les futurs époux se rendaient en cortège au temple affecté au culte décadaire. De jeunes citoyennes tiennent dans leurs mains des couronnes civiques; des citoyens portent un trépied et de l'encens. Les vieillards et les vétérans nationaux, figurent dans le cortège. Un personnage officiel quelconque, parfois sur réquisition, lit un discours dans lequel les effusions lyriques et les brillantes métaphores abondent. Mais chose singulière, tous ces discours vantent les bienfaits du divorce,adjurant en même temps les jeunes époux de l'éviter.

Les jours où il n'y avait pas de mariages, le temple restait désert, la lecture du *Bulletin des lois* n'avait aucun attrait pour le peuple. C'était plutôt la curiosité qui l'attirait à la célébration des mariages et souvent

(230) *Réflexions sur le culte, les cérémonies civiles et les fêtes nationales, an V* (ouvrage cité par OLIVIER MARTIN, pp. 179-180).

des rires accueillaient les couples mal assortis. En outre la gratuité de la cérémonie plaisait beaucoup aux paysans qui se dispensaient de passer à l'église où il fallait payer. C'était du reste là, le but principal du Directoire.

S'il faut en croire Dupin, commissaire près de l'administration centrale de la Seine, les officiers de l'état civil se décidèrent à présenter l'anneau nuptial, en raison de l'importance que les villageois y attachaient. Des discours furent faits aux jeunes époux, ils étaient écrits souvent dans un style simple et grave, de nature à les impressionner heureusement (231).

235. Le Directoire s'était efforcé d'instituer une religion civile susceptible de supplanter la religion catholique et, dans ce but, il avait résolu de faire disparaître le dimanche et de lui substituer le *Décadi*. A chaque décadi il devait y avoir des fêtes politiques ou philosophiques, assez intéressantes pour attirer le peuple et le détourner de l'observance du dimanche. A cette fin, il fut décidé de rendre obligatoire la célébration des mariages, le décadi. L'idée fut heureuse, en ce sens que ce fut un des principaux attraits du culte décadaire (232).

---

(231) Voici un extrait du discours du citoyen Guébert, président de l'administration du Ve arrondissement de Paris, à la fête décadaire du 18 vendémiaire an VII, où l'on a célébré douze mariages.

« Citoyens, citoyennes qui venez contracter les nœuds les plus doux, c'est sur l'autel de la Patrie, en présence de vos citoyens que vous venez vous jurer, sous les yeux des magistrats, une fidélité inviolable, un amour réciproque, une tendresse cordiale... Ainsi toutes les fois que deux époux s'unissent par un nœud solennel, il intervient un engagement de tout le genre humain de respecter ce lien sacré et d'honorer en eux l'union conjugale. Le public est en quelque sorte garant d'une convention passée en sa présence et l'on peut dire que l'honneur d'une femme pudique est sous la protection spéciale de tous les citoyens honnêtes. »

(232) AULARD, *Histoire politique de la Révolution française*, p. 666.

236. Un décret du 16 octobre 1793, maintenu le 18, permet la célébration du mariage trois jours après la publication; ce n'est plus qu'un contrat privé que l'autorité publique enregistre après de courtes publications. Les conditions de validité sont réduites au minimum; c'est avec de grandes difficultés qu'on parvient à maintenir les conditions d'âge. Le mariage devient une association libre légalement constatée. C'est une des sources de la famille, mais non la seule, et nulle part il n'est dit qu'il soit la plus importante. La famille peut se compléter par l'adoption (233).

237. L'élite de la nation, si puissante au XVIII[e] siècle, réclamait une grande réforme. Les philosophes, justement choqués de l'assemblage bizarre des lois, aspiraient à l'unité de législation. Voltaire demandait également qu'il n'y eut qu'un poids, une mesure, une coutume (234).

Diderot faisait entendre les mêmes plaintes (235). Qu'est-ce qu'une loi, disait-il, dont la justice est locale et dont l'autorité bornée, tantôt par une montagne, tantôt par un ruisseau, s'évanouit, parmi les sujets d'un Etat, pour quiconque passe le ruisseau et la montagne?

Les grands jurisconsultes pensaient comme les philosophes. D'Aguesseau désirait un code général et souhaitait « qu'il fût aussi aisé d'exécuter un tel ouvrage qu'il l'était de le concevoir et encore plus de le désirer ».

Sous l'Ancien Régime, malgré les vœux des philosophes et des grands jurisconsultes, l'unité du droit civil était loin de pouvoir s'établir en France. D'abord l'organisation sociale s'opposait à l'unification. Partout régnait l'isolement et par suite l'envie ou la haine : les

---

(233) Pour plus de détails, voyez OLIVIER MARTIN, p. 106.

(234) VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, III, pp. 614, 619, 626.

(235) *Encyclopédie*, V° *Lois*

diverses classes de la nation que la vie ne met point en contact s'ignorent. Il était du reste impossible de proclamer la liberté du sol et de toutes les personnes qui l'habitent, sans provoquer la résistance du passé et risquer de ruiner l'Etat lui-même? La société reposait sur la propriété.

Le régime politique de la France soulevait d'autres difficultés. Il en était des différentes parties du royaume comme des classes sociales; elles s'ignoraient. Le pays est une « agrégation incontestée de peuples désunis », il n'y a pas encore une nation. Le seul lien commun, c'est la soumission à peu près égale au roi et à ses intendants.

Enfin, un troisième obstacle à l'unité du droit civil provenait de l'influence de l'Eglise catholique. Dans un Etat où la religion romaine est dominante, les institutions civiles et religieuses se mêlent intimement. L'Eglise conservait toujours les actes de l'état civil et régissait en maîtresse la condition des personnes.

Au commencement de l'époque révolutionnaire, la plupart des Français avaient conservé leurs anciennes habitudes d'esprit. Aussi chaque province réclame-t-elle son indépendance. Chacun demande le rétablissement de ses anciens privilèges, mais l'Assemblée nationale crée enfin la Nation, le 4 août 1789. Toutes les classes, tous les peuples de France se fondent ensemble.

238. Le 16 août 1790, l'Assemblée décrète que « les lois civiles seront revues et réformées par les législatures et qu'il sera fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution ». Dans la Constitution du 3 septembre 1791, elle répète qu' « il sera fait un code de lois civiles communes à tout le royaume ».

Ce n'est encore qu'un principe. Il faut le développer; des résistances se produisent. Mais la Législative et la Convention proclament la ruine complète du passé.

Ainsi disparaissent le droit canonique, le droit féodal, les coutumes particulières, tout ce qui a opposé une résistance séculaire à l'unité législative.

239. La Convention, éprise d'idées grandioses, rêve un code unique, refondant dans une large synthèse toutes les lois civiles, anciennes et nouvelles. Le 21 juin 1793, elle décrète que ce rêve deviendra une réalité et, le 25 juin, elle donne un mois à son Comité de législation pour lui présenter un projet de code civil.

Dès le 8 juillet 1793, Durand de Maillane lit à ses collègues du Comité un « Plan de code civil et uniforme », dont il est l'auteur.

De son côté, Cambacérès travaille à son projet; il en donne lecture le 7 août. Le Comité l'approuve et deux jours après il est présenté à la Convention qui en ordonne l'impression, ainsi que l'ajournement de la discussion.

Cette discussion commença le 22 août; le titre du mariage fut voté sans grande modification. Le 26 octobre, la Convention décréta quelques articles supplémentaires et l'impression complète du projet, tel qu'il avait été voté.

Mais les projets de codification furent remis en discussion le 3 novembre (13 brumaire an II), Fabre d'Eglantine ayant fait remarquer que le projet, établi par des hommes de loi instruits, devait être purgé par des hommes philosophes, dégagés de tous les préjugés qui auraient pu subsister malgré eux dans leur travail.

C'est ainsi que ce code de Cambacérès, une œuvre de théoriciens d'une grande simplicité de forme et d'une éloquente concision, n'a jamais été appliqué.

240. Le 25 fructidor an II, Cambacérès, au nom du Comité de législation, présenta un second projet de code civil. On y voit que le droit de famille repose essentiel-

lement sur la liberté; tout individu « est le maître de sa personne ». Toutefois, Cambacérès semble attacher au mariage une importance plus haute que dans son premier projet. Le célibat est un vice que l'on doit réprimer par des moyens doux et insensibles. Mais le mariage est la « nature en action »; il reste toujours un contrat privé « formé pour le bonheur de deux individus » et qui doit cesser, s'il ne remplit pas son but. Le mariage est laissé à la disposition des parties, au nom du principe de liberté. Lorsque les unions seront le fruit du choix de la raison et non de la passion ou de l'intérêt, le divorce cessera d'exister.

241. Le Directoire mit également à son programme l'élaboration d'un code civil scientifique. Cambacérès, désigné pour cela par ses travaux antérieurs, rédigea, au nom de la Commission de classification des lois, un troisième projet qui fut déposé le 24 prairial an IV. Ce projet, inspiré par les mêmes tendances que les deux premiers, était précédé d'un rapport qui en précisait les principes directeurs. Cependant, l'excellence du mariage est affirmée avec plus de fermeté et les opinions sur l'union libre sont tombées en défaveur. On laisse toutefois à l'individu le droit de disposer de sa personne, car le divorce est fondé sur la liberté inaliénable des époux. Les anciennes conceptions socialistes émises sous la Convention ont disparu; on ne parle plus de diviser les fortunes. Cambacérès s'adapte merveilleusement aux tendances politiques des milieux qui se succèdent. Ce troisième projet fut à peine discuté et tomba vite dans l'oubli.

Néanmoins, c'est à la Convention nationale que revient la gloire d'avoir conçu une législation civile uniforme et c'est le Comité de législation qui est le véritable créateur du code civil français.

XVI. — Concordat de 1801.

242. Depuis dix ans, la séparation complète des institutions civiles et religieuses, ou, en d'autres termes, la séparation de l'Eglise et de l'Etat, avait été établie en France. Au mois de juin 1800, le Premier consul annonça au cardinal Martiniana, évêque de Verceil, son intention d'y rétablir la religion catholique, ainsi que son désir d'entrer en négociations avec le Saint-Père. Le 10 juillet suivant, le Souverain Pontife, rentré dans Rome, répondait favorablement à cette ouverture. Cette nouvelle fut accueillie avec joie par le clergé.

Dès le mois de mars 1801, Napoléon Bonaparte envoya à Rome un ministre plénipotentiaire ; le 20 juin, le cardinal Consalvi arrivait à Paris et le 15 juillet, le Concordat était signé.

Ce grand acte, le plus important que la cour de Rome ait conclu avec la France, peut-être avec aucune autre puissance chrétienne, écrit Thiers, terminait une des plus affreuses tourmentes que la religion catholique ait jamais traversées.

Dès la réouverture des églises, une foule de personnes vinrent demander la réhabilitation de mariages civilement contractés dans l'intervalle.

Au début, Bonaparte avait offert de proclamer la religion catholique, religion d'Etat. Après la victoire de Hohenlinden (12 frimaire an IX), il retira cette offre et imposa la forme qui fut adoptée : le gouvernement français reconnaît « que la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de la grande majorité des citoyens français ».

243. On reprit le système de Louis XIV, l'alliance de l'Eglise et de l'Etat dans les matières mixtes, c'est-à-

dire, celles qui concernent à la fois ces deux pouvoirs.

L'Eglise, toutefois, n'a qu'une autorité purement spirituelle. Les souverains, en leur qualité de magistrats politiques, règlent avec une entière indépendance les matières temporelles et mixtes et, en leur qualité de protecteurs, ils ont même le droit de veiller à l'exécution des Canons, et de réprimer, même en matière purement spirituelle, les infractions des Pontifes.

Le principe de l'unité et de l'indépendance de la puissance publique est si fort, ajoute PORTALIS, qu'il met ceux qui excercent cette puissance à couvert des censures; il ne laisse aux ministres de la religion que le droit des prières et des remontrances pour faire révoquer et corriger les entreprises et les abus qui peuvent être surpris ou arrachés aux personnes qui exercent la magistrature suprême dans un Etat. Telles sont les règles, telles sont les maximes du droit public, et, pour ainsi dire, de l'espèce de droit des gens qui existe et qui a toujours existé entre le Sacerdoce et l'Empire (236).

C'est un principe incontestable, continue PORTALIS, qu'en devenant prêtre, on ne cesse pas d'être citoyen et que, conséquemment, les prêtres doivent être soumis aux lois et règlements de l'Etat, comme le sont les citoyens ordinaires. Ils sont conséquemment obligés de se conformer aux lois et règlements émanés de la puissance publique sur les matières ecclésiastiques, et toute contravention à ses lois ou règlements est incontestablement un abus qui autorise le recours au souverain.

Les lois religieuses et les lois civiles diffèrent souvent entre elles par leur objet et par leurs dispositions, sans pourtant placer l'homme, ou le citoyen, ou le prêtre, dans une situation contradictoire. La loi civile,

---

(236) PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de* 1801, p. 143.

par exemple, ne défend pas le mariage aux ministres du culte sous peine de nullité, mais elle n'empêche pas non plus les ministres du culte de se conformer à cet égard à la discipline de l'Eglise. Il en est de même de la loi du divorce: elle laisse à ceux qui ne veulent pas user de cette ressource toute la liberté convenable pour demeurer fidèles à leurs principes. Elle ne gêne que ceux qui veulent faire prononcer la dissolution de leur mariage, en les obligeant à prouver leur demande et à suivre un certain ordre de procédure (237).

244. Napoléon rétablit en France l'exercice public du culte et régla les rapports du clergé et de l'autorité laïque. Alors se présentait naturellement la règlementation du mariage, une de ces questions mixtes où la puissance ecclésiastique et l'autorité civile ont chacune un intérêt particulier.

Les *Articles organiques de la convention entre le Gouvernement français et Sa Sainteté Pie VII* furent présentés avec le Concordat au Corps législatif par PORTALIS.

Dans son rapport, ce savant jurisconsulte, alors conseiller d'Etat et orateur du gouvernement, commence par constater qu'anciennement le curé était à la fois ministre du contrat, au nom de l'Etat, et ministre du sacrement, au nom de l'Eglise. Cette réunion de pouvoirs différents en la même personne a produit une confusion dans les idées et dans les principes. Il en est arrivé que des époux abusés ou peu instruits négligent d'observer les lois de la République, se mariant devant le prêtre, sans se présenter à l'officier civil et compromettant ainsi, par des unions que les lois n'avouent pas, l'état de leurs enfants et la solidité de leur propre con-

(237) PORTALIS, *op. citat.*, pp. 202-204.

trat. Il est nécessaire d'arrêter ces désordres et d'éclairer les citoyens sur un objet duquel dépend la tranquillité des familles.

L'usage de tous les gouvernements, de tous les peuples, de toutes les nations, atteste que c'est à la société à régler les mariages. Ce droit est même, pour l'Etat, d'une nécessité absolue et indispensable. Le gouvernement ne peut abandonner aux passions et à la licence les conditions d'un contrat, le plus nécessaire de tous les contrats, la base et le fondement du genre humain. Le mariage n'est pas étranger à la religion. Celle-ci le dirige par sa morale, et elle le bénit par un sacrement.

Mais les lumières que nous recevons de la morale chrétienne ne sont certainement pas un principe de juridiction pour l'Eglise, sinon il faudrait dire que l'Eglise a le droit de tout gouverner, puisqu'elle a une morale universelle, qui s'étend à tout et qui ne laisse rien d'indifférent dans les actes humains. Ce serait renouveler les anciennes erreurs qui, sur le fondement que toutes les actions avaient des rapports avec la conscience, faisaient de cette relation un principe d'attraction universelle pour tout transporter à l'Eglise.

Le rapport du mariage au sacrement n'est pas non plus une cause suffisante pour rendre l'Eglise maîtresse des mariages.

Aujourd'hui même, on reconnaît des mariages légitimes qui ne sont pas sanctifiés par le sacrement ; tels sont les mariages des infidèles et de tous ceux qui ont eu une foi contraire à la foi catholique ; tels étaient les mariages présumés, qui étaient si communs avant l'ordonnance de Blois. L'usage de l'Eglise est même de ne pas remarier les infidèles qui se convertissent.

Le mariage est un contrat qui, comme tous les autres, est du ressort de la puissance séculière, à laquelle seule il appartient de régler les contrats.

Tous ces principes ont été attestés par le chancelier DE PONTCHARTRAIN, dans sa lettre du 3 septembre 1712 au premier président du Parlement de Besançon.

Il est donc évident qu'il doit être défendu aux ministres du culte d'administrer le sacrement du mariage, toutes les fois qu'on ne leur justifiera pas d'un mariage civilement contracté (238).

245. Ce fut à la suite de ce rapport que se conclut avec l'autorité ecclésiastique un traité dont les articles furent soumis à l'approbation de la législature. La loi du 18 germinal an X réserve l'indépendance du pouvoir civil et conserve l'ancienne distinction du contrat et du sacrement. Son article est ainsi conçu :

« Ils (les curés) ne donneront la bénédiction nuptiale » qu'à ceux qui justifieront en bonne et due forme avoir » contracté mariage devant l'officier de l'état civil. »

Il y a donc prohibition de procéder à la célébration religieuse avant la célébration civile (239). C'est ainsi que la France a défini avec le Pape, par le moyen de cette convention, quelle serait l'étendue, quelles seraient les limites de l'autorité religieuse, surtout dans les matières mixtes, notamment en matière matrimoniale.

246. Voici en quoi le Concordat changea la situation politico-religieuse de la France. Le principe de l'Etat laïque ou, comme on disait alors, de l'Etat indépendant, n'avait pas complètement disparu, le catholicisme n'étant pas proclamé religion d'Etat. On reconnaissait toutefois que c'était la religion de la grande majorité des Français. En permettant au pape de reconnaître que les consuls de la République faisaient eux « profession particulière du culte catholique », le gouvernement français

---

(238) PORTALIS, *op. cit.*, pp. 90-92.

(239) A cette mesure de police, il fallait une sanction pénale ; elle se fit attendre jusqu'en 1810 (art. 199 et 200 du code pénal).

constituait l'Eglise romaine en France, dans un état de prépondérance morale ; il rompait en sa faveur l'équilibre entre les groupes religieux, établi par le régime de la séparation ; au surplus, les articles 2, 3 et 5 de la convention avaient formellement aboli ce régime.

L'idée d'ancien régime et l'idée gallicane, d'après lesquelles les ministres du culte étaient en même temps des fonctionnaires de l'Etat, se trouvaient restaurées par les articles 6 et 7, exigeant des évêques et des curés un serment semblable ou à peu près semblable à celui qui avait été jadis prêté au roi (240).

« Ainsi », écrit M. AULARD (p. 741), « fut rétablie et » même aggravée, l'ancienne confusion de l'Eglise et de » l'Etat. » En effet, sous l'ancien régime, le Pape avait fini par admettre en principe l'indépendance du temporel et du spirituel, mais sans s'accorder sur l'application du principe.

247. Telle fut la politique religieuse de Bonaparte. Après avoir appliqué lui-même le régime de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, avec autant de succès que d'habileté, il désorganisa ce régime par le Concordat, par les articles organiques, par une foule d'autres mesures ; il rendit peu à peu à la religion catholique, apostolique et romaine, non pas en titre, mais en fait, la situation de religion d'Etat.

---

(240) A. AULARD, *Histoire politique de la Révolution française*, pp. 736-737.

XVII. Code civil.

248. Au témoignage de Philippe de Commines, Louis XI désirait fort qu'en son royaume, on usât d'une coutume, d'un poids, d'une mesure, et que toutes les coutumes fussent mises en français dans un beau livre, ce sont ses propres termes. Ces grandes réformes, conçues par un souverain imbu d'absolutisme et désireux d'établir l'unité politique de son royaume par l'unité législative, ne devaient se réaliser que dans un avenir éloigné et à la suite d'une tourmente populaire, destructive de la monarchie elle-même.

Toute grande révolution entraîne souvent une transformation des lois civiles (241). La Renaissance et Luther amènent la rédaction officielle des coutumes; le bouleversement politique de 1789 et la Constituante entraînent la publication du code civil. Mais c'est aux philosophes et aux jurisconsultes du XVIIIe siècle que le code doit sa stabilité, c'est leur influence qui l'a fait passer si vite à l'état de monument impérissable.

Une nation qui vient de subir une révolution, dont le gouvernement et les institutions ont été renversés, se trouve, pour l'introduction d'un code, dans une position presque aussi favorable qu'un peuple naissant. Un nouveau système de lois produit fatalement de grands inconvénients; il modifie certaines relations juridiques, il porte souvent atteinte à la propriété et à certains droits acquis, il transforme parfois l'organisation de la famille ou l'ordre des successions, tandis que, dans une

(241) Cependant la révolution de 1649 n'eut pas cette conséquence. Voyez *Le droit d'aînesse en Angleterre* (*Revue du droit public et de la science politique*, 1896, p. 457) et *La succession légitime en droit anglais* (Clunet, 1896, p. 945).

société désorganisée, il ne produit qu'un trouble relativement léger.

L'histoire nous démontre que les lois d'un peuple naissent et se développent avec ses mœurs et sa littérature; elles constituent une partie de son caractère national. Il n'est donc pas plus aisé, dans une société déjà policée, de changer subitement les unes que les autres, lors même que les lois nouvelles seraient considérées abstractivement de beaucoup supérieures aux lois anciennes.

249. La Révolution de 1789, écrit TROPLONG, a été conduite, dans ses idées et dans ses actes, par une force démocratique tellement profonde qu'elle a laissé peu de chose à faire aux générations suivantes pour l'affranchissement de l'homme.

L'égalité succéda au privilège, la liberté aux contraintes légales, l'équité au droit strict. A la place d'une famille organisée suivant des nécessités politiques, surgit la famille organisée suivant le vœu du cœur humain. C'est de ce droit qu'on peut dire avec MIRABEAU, *le droit est le souverain du monde* (242).

Fruit d'un bouleversement politique sans exemple dans l'histoire, tant il a changé profondément les idées et les mœurs, le code civil a fait oublier bien vite les anciennes coutumes. Il est sorti des travaux préparatoires, conduits par des hommes qui, pour la plupart, s'étaient formés dans les luttes des Assemblées nationales. C'étaient CAMBACERÈS, dédaigneux, comme il le disait, des erreurs et des préjugés des jurisconsultes (243); TRONCHET, un esprit philosophique; BERLIER, rapporteur de la célèbre et démocratique loi de succession de

(242) TROPLONG, *op. cit.*, p. 128; MIRABEAU, *Hist. parlement.*, t. II, p. 218.

(243) Voyez son rapport du 4 juin 1793, *Choix de rapports*, t. XIII, p. 347.

nivôse an II; TREILHARD, compagnon de CAMBACÉRÈS et de BERLIER à la Convention nationale, membre du Comité du salut public, avant ses excès; PORTALIS, qui, dès les premiers débuts de sa jeunesse et par un mémoire sur le mariage des protestants, avait mérité les éloges de VOLTAIRE pour son esprit philosophique et sa morale politique.

L'égalité est un des fondements les plus sacrés du code civil; elle est écrite à toutes ses pages. Mais ce n'est pas une égalité absolue, rêvée par quelques philosophes, artificielle et fausse, c'est l'égalité du droit naturel, telle que la nature l'a faite. Il y a des mineurs et des majeurs, des pères et des enfants; ces distinctions renferment des inégalités naturelles et nécessaires. Pareille inégalité est inhérente à la constitution de la famille, telle est l'obéissance des enfants.

Le but de la société est d'atténuer certaines inégalités naturelles, de les considérer, à un point de vue, comme des maux auxquels il faut porter remède. Nous sommes loin du paradoxe de ROUSSEAU, que l'égalité est dans la nature et que l'inégalité est un produit factice de l'état social.

Lorsque l'Assemblée constituante promulgua sa déclaration de droits, elle formula ainsi le principe d'égalité conquis par la Révolution : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits; les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». La Constitution de 1793, plus démocratique que celle de 1791, adopta une autre formule du principe d'égalité : « Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi » (244).

(244) Nous sommes égaux par la nature, parce que, comme le disait SÉNÈQUE, nous ne formons qu'un seul corps. C'est la traduction de ces belles paroles d'ULPIEN : *Quia quod ad res naturales attinet, omnes homines æquales sunt* (I,32,DIG.,De reg.juris).

Aussi, le code civil devint l'expression d'une société assise sur des bases inconnues du monde ancien, c'est-à-dire l'égalité civile dans l'Etat, l'équité dans la famille (245).

250. La société s'étant sécularisée, le législateur devait se séculariser à son tour et ce caractère laïque des lois est certes l'une des plus grandes innovations du code civil. Mais le mariage reste une union solennelle, viagère, forte de toute la puissance de la loi civile; l'Etat préside à sa solennisation. La loi n'y déploie pas des cérémonies magnifiques, elle parle à la raison des époux ; elle leur fait entendre la voix sévère du devoir; elle conjure leur conscience. Ce changement élimine l'autorité ecclésiastique du domaine de l'état civil, mais rien ne s'oppose à ce que les croyants s'agenouillent devant le prêtre et sollicitent la bénédiction nuptiale.

Une loi supérieure aux lois humaines, *non scripta sed nata lex*, suivant les termes de CICÉRON, trace le caractère véritable de la société conjugale. Qu'est-ce que le mariage en lui-même, indépendamment de toutes les lois civiles et religieuses, demande PORTALIS? « C'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée. » Mais la loi, disait-il, qui ne peut forcer les opinions religieuses des citoyens, ne doit voir que des Français, comme la nature ne voit que des hommes (246).

Au-dessus de tous les jurisconsultes ou hommes d'Etat plus ou moins exclusifs, partisans plus ou moins obsti-

---

(245) ROSSI, *Observations sur le code civil français, considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société* (*Revue de législat. et de jurisprud.*, t. XI, p. 5).

(246) Exposé des motifs (DALLOZ, Rép., V° *Mariage*, p. 149).

nés de tel ou tel système de législation, PORTALIS apparaît comme un modérateur.

Suivant MONTESQUIEU, la modération doit être le véritable esprit du législateur. Imbu de cette idée, PORTALIS considérait « que le bien politique, comme le bien social, se trouve entre deux extrêmes. C'est ainsi qu'il réussit à atténuer ou même à faire écarter ce que les propositions de BONAPARTE ou de TRONCHET, ont de trop autoritaire, ce que les avis de MALEVILLE et de BIGOT ont de trop romain, ceux de BERLIER de trop révolutionnaire, ceux de CAMBACÉRÈS parfois de compliqué (247).

251. De la combinaison des législations précédentes résulte un droit civil qui procède de la Révolution, en ce qu'il consacre les grands principes de liberté et d'égalité, mais qui réagit aussi contre elle par les réserves graves qu'il apporte à ces principes. L'esprit philosophique est enfin vaincu par l'esprit juridique.

Remarque intéressante, pour la plupart de ses dispositions de fond et même de forme, le code civil ne fait guère que reproduire, sécularisées et légèrement modifiées, les règles auxquelles le droit canonique était arrivé, complété par la jurisprudence de l'ancienne France.

C'est l'influence de cette doctrine qui a, paraît-il, déterminé la rédaction de l'article 180 du code civil; au lieu de déclarer le consentement vicié, « s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol », comme le porte l'article 1109 pour les contrats ordinaires, il permet de prononcer la nullité du mariage, lorsqu'il a été contracté *sans le consentement libre* (n'importe la cause) *des deux époux ou de l'un d'eux.*

L'ordonnance de Blois et les dispositions combinées des ordonnances postérieures ont servi de base, sans

(247) SAGNAC, p. 394.

modifications sensibles, au titre deuxième du livre premier du code, *Des actes de l'état civil*, avec cette différence notable, toutefois, que le curé ne remplit plus le rôle d'officier d'état civil.

L'article 183, qui donne aux parents la faculté de ratifier expressément ou tacitement un mariage contracté sans leur consentement, semble puiser son origine également dans le droit canon, lequel considère le défaut de pareil consentement comme un empêchement purement prohibitif (248).

252. Faisant un retour vers le passé, le législateur fixe l'âge du mariage à dix-huit ans pour les hommes, à quinze ans pour les filles, exige le consentement des parents ou au moins celui du père jusqu'à vingt-cinq ans, pour les hommes, jusqu'à vingt et un ans pour les filles. Il applique le vrai remède, en punissant les infractions de *nullité*. De plus, il impose à toute personne, quel que

---

(248) Voyez les discussions sur ce point au concile de Trente (n° 46 et ci-dessus, n° 48).

Les délégués du roi de France avaient proposé de frapper de nullité les unions conclues sans le consentement des parents. Mais peu à peu une opposition considérable se manifesta contre le principe même du projet.

L'évêque d'Ypres, qui déjà s'était montré un adversaire résolu de la condamnation des mariages clandestins, s'éleva avec la même énergie contre cette seconde innovation.

Il invoqua : 1° Le droit divin, les paroles de saint Paul, « *Homo relinquet patrem et matrem et adhaerebit uxori suæ* », ensuite le principe de l'Eglise, en vertu duquel la liberté des âmes étant complète, ne doit pas être gênée par les rapports de puissance du droit civil ;

2° Le droit naturel, d'après lequel toute personne, naturellement apte au mariage, a un droit égal à le contracter ;

3° Le danger que cette réforme entraînerait pour les âmes, les jeunes gens ne pouvant librement se marier seraient poussés à la fornication.

L'évêque Constantin Bonelli fit valoir les *paroles d'or* renfermant le nœud de la question, prononcées en 1548 par Charles-Quint.

soit son âge, l'obligation de la sommation respectueuse de l'ancien droit, qu'il appelle *actes respectueux*. S'inspirant de l'ancienne *patria potestas* du droit romain,il appelle les majeurs de vingt-cinq ans, *enfants de famille.*

A cet égard, écoutons encore PORTALIS, dans son admirable *Exposé des motifs* :

« Les forces du corps se développent plus rapidement que celles de l'âme. On existe longtemps sans vivre ; et quand on commence à vivre, on ne peut encore se conduire, ni se gouverner. En conséquence, nous requérons le consentement des pères et mères pour le mariage des fils qui n'ont pas atteint l'âge de vingt-cinq ans, et pour celui des filles qui n'ont pas atteint la vingt et unième année. La nécessité de ce consentement, reconnue par toutes les lois anciennes, est fondée sur l'amour des parents, sur leur raison et sur l'incertitude de celle de leurs enfants. Comme il y a un âge propre à l'étude des sciences, il y en a un pour bien saisir la connaissance du monde. Cette connaissance échappe à la jeunesse qui peut être si facilement abusée par ses propres illusions, et trompée par des suggestions étrangères. Ce n'est point entreprendre sur la liberté des époux que de les protéger contre la violence de leurs penchants » (249).

253. Les efforts des législateurs tendirent spécialement à extirper les mariages clandestins, cette plaie du moyen âge et de l'ancien droit, et à les frapper de nullité.

« Ou il faut renoncer à toute législation sur les mariages », disait PORTALIS, « ou il faut proscrire la clandestinité ». « Les mariages clandestins », ajoute-t-il, « sont ceux que la société n'a jamais connus, qui

(249) DALLOZ, Rép., V° *Mariage*, p. 149.

n'ont été célébrés devant aucun officier public, et qui ont constamment été ensevelis dans le mystère et dans les ténèbres.

» Ce sont également les mariages qui n'ont pas été précédés des publications requises, ou qui n'ont pas été célébrés devant l'officier civil que la loi indiquait aux époux, ou dans lesquels le consentement des père et mère, des aïeul et aïeule et des tuteurs n'est pas intervenu. La nullité des mariages clandestins est évidente » (250).

Sous l'empire du code civil, c'est, au point de vue de la nullité, le mariage qui n'a pas été célébré publiquement (251), c'est souvent un mariage célébré à l'étranger, sans avoir été précédé de publications en France (252).

Comme le fait remarquer LAURENT, en Belgique et en France, il n'y a plus de mariages clandestins; l'action de la puissance civile a été plus efficace pour les extirper que l'intervention de l'Eglise (253).

Le Code et le Concordat, écrivait LABOULAYE, ont pris des mesures si sages et si efficaces, afin de prévenir les mariages clandestins, que depuis cinquante ans il est rare que nos tribunaux aient à juger de pareilles questions. C'est un grand avantage pour la société; mais il a cet inconvénient, que peu à peu on a oublié tout ce que nos aïeux ont souffert de la mauvaise législation du mariage, tant que l'Eglise en a été la maîtresse, tout ce que nos rois, nos parlements, nos théologiens et nos jurisconsultes ont dépensé de volonté, de courage, de

---

(250) PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, p. 189.

(251) PANDECTES FRANÇAISES, publiées sous la direction de M. ANDRÉ WEISS, V° *Mariage*, n° 1121.

(252) LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, p. 260.

(253) LAURENT, *Droit civil international*, t. IV, p. 378.

science et de talent pour introduire enfin l'ordre excellent dont nous jouissons (254).

254. Il importe d'établir une distinction entre le mariage secret et le mariage clandestin. Le premier est valable tandis que le second est radicalement nul. Le mariage secret, dans l'ancien droit, était privé de certains effets civils, mais, comme de nos jours, était valable. C'était le mariage que les parties cachaient au public.

Le mariage clandestin, qui peut très bien ne pas être secret, en raison d'une possession d'état public, est le mariage qui a été contracté sans la publicité exigée par la loi. Ce peut être également, et de nos jours c'est fréquent, le mariage contracté à l'étranger, sans établissement de domicile et sans publications en France.

La clandestinité consiste donc dans l'absence des formalités et des faits destinés à assurer la publicité de la célébration du mariage. Le code le déclare radicalement nul. Cette nullité est d'ordre public et peut être invoquée par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public. Ces termes de l'art. 191 ne font que reproduire les anciens principes du droit, tant civil que canonique. Aussi, si la condition essentielle de publicité fait défaut, aucune publicité ultérieure ne peut y suppléer; en un mot, le mariage célébré sans publications n'existe pas aux yeux de la loi.

Ce qui a amené le législateur à en décider ainsi, ce sont les dangers immenses que le défaut de publication de célébration entraîne pour les mœurs, pour le repos des familles, pour la société en général.

Si la clandestinité se présume difficilement, lorsque la célébration a eu lieu en France devant l'officier de l'état civil, il n'en est pas de même pour le mariage contracté

(254) LABOULAYE, *Mémoire pour les héritiers Pescatore*, p. 9.

en pays étranger, soit entre Français seuls, soit entre Français et étrangers.

255. Le mariage civil apparaît, non comme un expédient, mais comme un principe, dont il est fait une exacte application. Les sociétés religieuses, et l'Eglise catholique en est une, peuvent librement réglementer le mariage à leur point de vue particulier, et demander compte à leurs fidèles de l'observation des règles qu'elles ont édictées ; mais cette réglementation n'a aucune influence sur le droit civil, ni sur l'état des personnes. Seulement, dans un esprit de sage prévoyance, le législateur défend de procéder à la cérémonie religieuse, avant la célébration du mariage civil.

256. Le code, applicable à tous les citoyens, ne se préoccupe pas des croyances religieuses, il admet la liberté des cultes. Il était dit dans le projet (liv. I, tit. V, du *Mariage* [*Dispositions générales*], art. 1er :

« *La loi ne considère le mariage que sous ses rapports civils et politiques* ».

Si l'on ne retrouve pas cette déclaration dans la rédaction définitive du code, c'est parce que, comme le disait MALEVILLE, *on trouva qu'elle était inutile à énoncer.*

Cette pensée a tellement présidé à la rédaction du code civil, que Napoléon en était resté imbu, et l'exprimait encore dans son exil à Sainte-Hélène :

« Le mariage doit être un contrat purement civil ; et, lorsque les parties ont paru devant un magistrat, et qu'en présence des témoins elles ont pris un engagement, elles doivent être considérées comme mari et femme.

» C'est ce que j'ai fait en France. S'ils le veulent, ils peuvent ensuite faire répéter la cérémonie par un prêtre. Ce fut toujours une maxime, que les cérémonies reli-

gieuses ne doivent jamais être au-dessus des lois » (255).

A une autre occasion, il répétait encore : « Je rendis tout indépendant de la religion : les tribunaux, les mariages... Mon intention était de rendre purement civil tout ce qui appartenait à l'Etat et à la Constitution, sans égard pour aucune religion. Je ne voulais accorder aux prêtres aucune influence et aucun pouvoir sur les affaires civiles » (O'MEARA, p. 150).

En effet, l'article 54 de la loi du 18 germinal an X, aux articles organiques, porte que les curés « ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront, en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier civil ».

Le code pénal, dans son article 199, punit d'une amende de 16 francs à 100 francs, tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil.

En cas de nouvelles contraventions, ajoute l'art. 200, le ministre du culte qui les aura commises, sera puni, savoir : pour la première récidive, d'un emprisonnement de deux à cinq ans, et pour la seconde, de la déportation.

Ainsi donc l'ordre religieux est subordonné à l'ordre civil. Le projet du code soumis au Conseil d'Etat reproduisait ces principes; la proposition fut supprimée comme inutile, à la demande de CAMBACÉRÈS.

257. Un des sujets dont Napoléon I[er] paraît s'être le plus préoccupé est le mariage. Comme Auguste, il fit tous ses efforts pour l'encourager.

D'après lui, il fallait se marier. Il paraît même que ce ne fût point sa faute, s'il ne prit femme qu'à vingt-huit ans. De refus en refus, il en vint à demander la main

---

(255) B.-E. O'MEARA, *Napoléon en exil à Sainte-Hélène*, t. I, p. 50.

d'une personne qui aurait pu être sa mère et que la démarche divertit beaucoup. Mlle Montausier, l'actrice, assure qu'il examina sérieusement la proposition, faite par Barras, d'une autre personne qui aurait pu être sa grand'mère, et il ne fût retenu que par la crainte du ridicule. Si ce dernier mariage s'était conclu, Napoléon serait devenu directeur du théâtre du Palais Royal.

Parvenu au pouvoir, jamais on ne vit aussi enragé marieur. Les mariages qu'il fit contracter pour l'amour du principe furent innombrables, parce que le but de la vie, d'après lui, est d'avoir beaucoup d'enfants. Il n'admettait aucune excuse. Aux officiers alléguant qu'ils pouvaient être tués, il répondait : « Raison de plus pour se hâter ». A qui prétendait ne pas avoir pu trouver de femme, il disait : « Je m'en charge ». Un jour, par décret, l'empereur marie six mille soldats d'un coup. Ce qu'il fit en ce genre, écrit M. BINGHAM, aurait rempli la vie d'un homme ordinaire (*The marriages of the Bonapartes*, *Rev. politique et littéraire*, 1880, p. 729).

Napoléon avait un but militaire, il visait à repeupler la France dépeuplée par ses guerres. La conscription des filles préparait la conscription des garçons.

258. En résumé, depuis que la révolution a proclamé la liberté des cultes, la loi ne considère plus le mariage que comme un contrat civil. Cependant MAILHER DE CHASSAT nous apprend dans son *Traité des statuts*, qu'il faut concevoir le mariage comme une institution d'ordre public, constituée, déterminée par les lois nationales, dont il n'est pas plus au pouvoir du regnicole de s'affranchir, qu'il n'est en son pouvoir d'abjurer sa qualité de Français pour tous les actes consommés en vertu de cette qualité, conformément aux lois de sa patrie. Le Français, par le seul fait de son mariage, même à l'étranger, est soumis à la disposition

de l'article 147 du code civil, qui porte « qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

259. Si, en France, sous l'ancien régime, l'unité administrative était très avancée, l'unité législative faisait complètement défaut; le pays n'avait d'autre unité que celle du territoire, lequel se trouvait tout entier sous l'obéissance du roi.

Rien de plus varié que la législation civile; chaque province, chaque pays est régi par des lois civiles spéciales; au lieu d'un code civil unique, nous rencontrons trois cent soixante petits codes régionaux qui s'appliquent parfois à des provinces entières, le plus souvent à des pays très limités.

C'est un chaos où le jurisconsulte se perd, une diversité et une confusion qui rendent, en quelque sorte, étrangers les uns aux autres, les habitants d'un même royaume. Cette idée a été très souvent exprimée par VOLTAIRE (*Dictionnaire philosophique*, t. III, p. 614). Certaines ordonnances constituaient certes de véritables petits codes partiels tendant à l'unité législative, mais ils témoignent plutôt d'une évolution lente, portant d'ailleurs moins sur le fond même du droit que sur la procédure.

260. La législation révolutionnaire était accusée d'avoir voulu réaliser tout d'un coup, sans conciliation, l'unité parfaite du droit; elle avait, disait PORTALIS, renversé le pouvoir des pères, ruiné la famille, porté atteinte à la propriété. Le code civil est une œuvre de transaction; il restaure la puissance paternelle, laisse à la famille ses privilèges anciens, replace la femme dans la dépendance étroite de son mari. Ce devait être, suivant l'expression de BIGOT-PRÉAMENEU, « une espèce d'arche sainte pour laquelle on donnerait aux peuples voisins l'exemple d'un respect religieux ».

Une fois voté et promulgué, le code civil de 1804 devient pour tous les jurisconsultes français un évangile que l'on explique et commente, sans le critiquer. Le génie de César l'inspire. On l'imite, on l'adopte dans tous les pays soumis à la domination française. On n'hésite pas à critiquer le droit révolutionnaire, on l'accuse d'attenter à toutes les libertés, à la sainteté de la famille. Bientôt, dans le concert de louanges qui accueille le code, on oublie la législation révolutionnaire, et le code de 1804 est appelé en 1807 le « code Napoléon », comme si Napoléon et les rédacteurs en étaient les seuls auteurs. (Loi du 3 septembre 1807.) Le droit révolutionnaire n'est plus que le « droit intermédiaire », c'est-à-dire un droit passager avec lequel le nouveau code semble n'avoir aucune espèce de filiation.

XVIII. Le conflit des lois.

261. Le développement de certains principes communs aux différentes nations a brisé l'isolement d'un grand nombre d'entre elles. Ces principes constituent aujourd'hui, un droit auquel aucun Etat ne peut se soustraire, car cet Etat attirerait sur lui et la réprobation du monde civilisé, et le danger d'être appelé à rendre compte de sa conduite (256). Il existe, en un mot, de nos jours, pour nous servir de l'expression du jurisconsulte allemand SAVIGNY (257), une communauté de droit entre les peuples. Sous l'influence de la civilisation chrétienne et à raison de l'utilité qui en résulte pour tous, il s'est formé un lien juridique obligatoire dans tous les pays. Les lois étrangères sont sur la même ligne que les lois nationales; le juge n'a plus qu'une chose à examiner : la nature du fait juridique qui lui est soumis. Il décide, comme aurait décidé le juge étranger, en vertu de la loi étrangère, sauf, bien entendu, les restrictions résultant de l'ordre public ou des bonnes mœurs (258).

BLUNTSCHLI (259) enseigne qu'il y a violation du droit international, lorsqu'un gouvernement ne respecte pas les principes internationaux en la personne d'un citoyen étranger, alors même qu'il ne porterait pas directement atteinte aux droits de l'Etat auquel appartient le lésé.

262. Parmi les principes universellement admis, dont nous venons de parler, se range le privilège d'exterri-

---

(256) BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, introduction.
(257) SAVIGNY, t. VIII, 348-349.
(258) BELG. JUD., 1888, t. XVII, col. 259, où nous avons exposé cette doctrine, à propos d'une question de droit maritime.
(259) BLUNTSCHLI, *op. cit.*, p. 468; GROTIUS, livre II, chap. VIII, p. 4.

torialité. Dans le but de sauvegarder l'indépendance des représentants d'un Etat en pays étranger, on admet la fiction que ceux-ci sont hors du territoire étranger et dans la même position que s'ils avaient pu emporter leur patrie avec eux. La vraie cause de cette fiction est le respect de leur indépendance (260). Toutefois, si de grands progrès ont été réalisés, comme nous venons de le voir, il en reste de plus grands encore à accomplir, afin de mettre un terme à de regrettables et nombreux conflits de lois.

§ 1. Ancien droit.

263. Nous avons déjà vu que, sous l'ancien régime, un édit de Louis XIV, de 1669, défendait expressément à tous les Français d'aller s'établir sans permission en pays étrangers par mariage, à peine de confiscation de corps et de biens.

Une déclaration postérieure, du 16 juin 1685, confirma le précédent édit (261). Remarquons immédiatement que ces défenses ne constituaient pas un droit nouveau. En effet, par un arrêt célèbre, rendu en la Grand'Chambre du Parlement, le 5 janvier 1700, sur les conclusions de M. l'avocat général d'Aguesseau, plus tard chancelier, après une plaidoirie de quinze audiences, le mariage du duc de Guise (Henri de Lorraine, second de nom) avec Honorée de Berghes, comtesse de Bossu, célébré à Bruxelles sans permission du roi, mais après l'observation de toutes les formalités prescrites par les lois du pays, le 16 novembre 1641 (par conséquent bien antérieurement à la déclaration de 1685), a été déclaré nul et abusif.

La question élevée sur la validité de ce mariage avait

---

(260) Bluntschli, *op. cit.*, p. 135.
(261) Voyez ci-dessus nos 71 et 72.

été portée à Rome au tribunal de la Rote; et un jugement rendu par défaut en ce tribunal le 6 mars 1666, l'avait déclaré légitime; mais y ayant eu appel comme d'abus au Parlement, tant du mariage que du jugement rendu par la Rote, la cour a jugé qu'il avait été mal, nullement et abusivement procédé et célébré, statué et ordonné.

Le prince de Berghes, héritier de la comtesse de Bossu, soutenait le mariage valable. Monsieur, frère du roi, le prince de Condé et la duchesse de Hanovre, le soutenaient nul et abusif (262).

264. Vers la fin du XVII[e] siècle, un peu après la révocation de l'édit de Nantes, deux protestants, domiciliés à Sedan, n'avaient pu vaincre les difficultés que leur faisait le curé de leur paroisse. Afin de pouvoir contracter une union régulière, ils s'étaient rendus à Liége et ils avaient contracté mariage dans une église de cette ville, après avoir abjuré leur foi. Puis, revenus à Sedan, ils continuèrent à y vivre publiquement comme mari et comme femme, et en grande union avec leurs parents de part et d'autre. Après trente-deux ans de mariage, le mari était venu à mourir sans laisser d'enfants. C'est alors qu'une des sœurs du défunt, laquelle avait elle-même reconnu et approuvé cette union par plusieurs lettres, eut l'idée de frustrer la veuve de la jouissance de certain don mutuel. Elle interjeta donc appel comme d'abus, prétendant que cette union était radicalement nulle. Le 21 août 1723, intervint en la Grand'Chambre du Parlement de Paris, sur les conclusions de M. Gilbert de Voisins, un arrêt déclarant nulle l'union contractée à Liége. La décision n'a aucun égard aux fins de non-recevoir résultant de l'approbation de la sœur et du laps de trente-deux ans; elles ne peu-

(262) Denisart, V° *Mariage*, t. II, p. 136.

vent militer contre l'abus qui se trouvait dans le mariage célébré hors de la présence du propre curé; ce défaut étant un vice essentiel qui avait rendu la célébration nulle dans son principe, et que la plus longue prescription et la reconnaissance des parents n'avait pu couvrir (263).

265. Justel, le savant calviniste, l'auteur connu de la *Bibliotheca Juris canonici veteris*, que VOET publia à Paris en 1661 (2 vol. in-f°), épousa Mlle de Lorme, sa parente, avec une dispense du chancelier. Par un mépris extrême des ministres de Charenton, il alla se marier, sans leur en avoir rien communiqué, dans la chapelle de l'ambassadeur d'Angleterre. Calviniste, il se mariait chez les anglicans.

Richard Simon, à qui Justel fit aussitôt part de son mariage, lui représenta que cette union était nulle, et qu'il n'était pas moins obligé que les catholiques de se marier *coram proprio parocho*. En effet, il fallut que Justel présentât une requête au lieutenant civil pour la réhabilitation de son mariage, et il fut ordonné que, conformément aux lois du royaume, il se marierait dans sa paroisse, qui était Charenton (264).

266. Sur l'avis donné au roi en son conseil, que bien que, suivant les règles de l'Eglise, les mariages ne puissent être valablement célébrés qu'en présence du propre curé de la paroisse de l'une des parties contractantes, néanmoins sur les frontières du royaume et particulièrement dans les terres de l'obéissance de Sa Majesté qui sont des diocèses étrangers, il se fait plusieurs mariages par les prêtres et curés des dits diocèses entre gens de condition inégale, sans observer les règles prescrites par l'Eglise; qu'ainsi les conjoints vivant sous la foi d'un

(263) DENISART, V° *Mariage*, n° 55.
(264) RICHARD SIMON, *Lettres*, t. I, p. 89 (Amsterdam, 1730).

sacrement qui n'en a que les apparences, les dits mariages étant nuls, il s'en suit plusieurs désordres dans les familles.

Et Sa Majesté voulant les faire cesser par son autorité et faire jouir ses peuples d'une tranquilité parfaite, Sa Majesté, étant en son conseil, défend à tous les curés et prêtres demeurant dans les terres de son obéissance, même à ceux dont les paroisses qu'ils désservent sont situées dans des diocèses étrangers, de célébrer aucuns mariages, si ce n'est en observant ce qui est prescrit par les règles de l'Eglise et les ordonnances du royaume, à peine d'être punis suivant les ordonnances.

Défend aussi Sa Majesté à tous ses sujets de s'aller marier, hors des terres de son obéissance, qu'après y avoir demeuré le temps qui y est requis pour pouvoir être réputés paroissiens, à peine contre les contrevenants d'être punis d'amende arbitraire (265).

267. Voici l'espèce d'un arrêt rendu au Parlement de Paris, le 16 juillet 1711, sur les conclusions de M. JOLY DE FLEURY, avocat général.

Simphorien de Serre, soldat français, étant prisonnier de guerre en Hollande, épousa à Ostende Elisabeth de la Prairie et leur mariage fut célébré, après avoir observé les formalités locales. Son fils étant rentré en France, Mme de Serre interjeta appel comme d'abus de ce mariage; elle fit valoir le défaut de consentement de sa part et l'absence du propre curé, elle allégua aussi le défaut de permission du roi.

Elisabeth de la Prairie répondait que son mariage

(265) Arrêt au Conseil portant défense à tous curés et prêtres, même à ceux dont les paroisses sont situées dans les diocèses étrangers, de célébrer aucuns mariages entre les sujets de Sa Majesté, si ce n'est en observant ce qui est prescrit par les règles de l'Eglise et les ordonnances du royaume (13 décembre 1681).

était revêtu des formes prescrites pour ceux qui se contractent à Ostende où il avait été célébré; elle ajoutait que son mari ne devait plus être considéré comme Français, ni sujet aux lois du royaume, au temps de son mariage, puisqu'il avait abdiqué sa patrie, et qu'étant prisonnier de guerre, il s'était engagé dans les troupes de la République de Hollande, dans lesquelles il avait servi contre la France. Malgré ces raisons le mariage fut déclaré nul et abusif.

268. Un autre soldat, Français et mineur, prisonnier de guerre à Hanovre, y ayant été marié dans l'Eglise Saint-Clément, le 20 novembre 1760, revint depuis en France, et présenta sa femme à sa mère, qui, loin de les recevoir, appela comme d'abus de leur mariage.

Me Courtin, qui plaidait pour les mariés, dit que la femme n'avait pu se marier que suivant les formalités prescrites par le Concile de Trente, obligatoires dans son pays : que, ces formalités ayant été remplies, le mariage était incontestablement valable pour elle; qu'étant valable pour elle, il fallait qu'il le fût pour son mari, parce que le sacrement est indivisible. Il ajouta que le soldat mineur étant prisonnier de guerre, on ne pouvait lui opposer les lois françaises, parce qu'il n'appartient plus à la France, mais aux vainqueur.

Me Hochereau répondait pour la mère, que les privilèges des soldats n'étaient relatifs qu'aux formalités des actes, mais qu'ils ne donnaient point à un militaire le pouvoir de contracter, quand il en était incapable; que les prisonniers de guerre n'appartiennent plus aujourd'hui, comme ils appartenaient autrefois au vainqueur, que celui-ci n'avait que le droit d'exiger une rançon de son prisonnier, lequel ne cessait pas d'être sujet de son prince; et qu'enfin, ce serait ouvrir la porte aux plus grands abus, que de confirmer les mariages contractés par les mineurs, pendant leur captivité.

Par arrêt rendu à la Grand'Chambre, sur les conclusions de M. JOLY DE FLEURY, le 29 juillet 1763, le mariage a été déclaré abusif, avec défense aux parties de se fréquenter.

269. La cour avait auparavant, par un autre arrêt du 16 mars 1725, rendu au même Parlement, en la Grand'Chambre, conforme aux conclusions de M. l'avovat général TALON, déclaré nul et abusif un mariage célébré en Angleterre, suivant les rites anglicans, par un ministre protestant, entre un Français majeur (catholique), domicilié à Londres, nommé Charpentier, et une fille mineure, (aussi catholique), née à Londres d'une Française réfugiée.

Le sieur Charpentier était lui-même appelant comme d'abus de son mariage, et son principal moyen était qu'un ministre protestant n'avait pas pu valablement marier deux catholiques. Sa femme le soutenait non recevable dans cet appel, et elle disait qu'il ne pouvait pas demander à la cour de détruire ce qui était le propre fait de Charpentier lui-même. M. l'avocat général fit voir que les moyens d'abus proposés par Charpentier étant absolus, ils pouvaient être invoqués par toutes sortes de personnes, même par les contractants; c'est ce qui a déterminé la cour, ajoute DENISART, à déclarer le mariage nul. (V° *Mariage.*)

270. Jean-Baptiste Le Febvre, du diocèse de Paris, ayant épousé Catherine Bingant, le 4 juin 1718, sur le vaisseau, *La Duchesse de Noailles*, qui allait de La Rochelle à La Louisiane, revint après deux ans en France, où il se maria à une autre personne, avec le consentement de son père et de sa mère. Le premier mariage avait été célébré par l'aumônier du vaisseau, qui en avait dressé un acte faisant mention de la permission de l'évêque de La Rochelle. Catherine Bingant

repassa en France et réclama son mari fugitif. Le père et la mère de Le Febvre soutinrent qu'il y avait abus dans ce mariage. La cour le décida ainsi, le jeudi 17 février 1724 ; et, faisant droit sur les conclusions des gens du roi, le même arrêt décréta de prise de corps l'aumônier du vaisseau.

271. Le privilège d'exterritorialité est reconnu au profit de Français à la suite d'un ambassadeur du roi dans un pays où il n'y a pas d'église catholique ; l'aumônier peut, dans ce cas, légitimement donner la bénédiction nuptiale, en observant les mêmes règles que celles qui s'observent en France. Un arrêt du Parlement de Paris, du 29 mars 1672, déclare valable un mariage, célébré, dans l'hôtel d'un ambassadeur, par un jésuite, son aumônier, dans une ville où les catholiques n'avaient point d'Eglise, alors qu'aucune permission n'avait été obtenue, à cette fin, de l'évêque. Mais un arrêt subséquent, du 16 février 1673, refuse ce privilège aux aumôniers des vaisseaux.

C'est en se basant sur cette jurisprudence, qu'on décide que les mariages des soldats ne peuvent être bénis valablement par l'aumônier du régiment, à moins que le régiment ne soit depuis un temps considérable dans un pays où il n'y a pas d'église catholique (266).

Un arrêt du 29 mars 1696 fait défense à tous prêtres, aumôniers d'armées, de procéder à la célébration d'aucun mariage, sans la permission expresse des évêques, ou le consentement du curé des parties (267).

272. Il n'est pas douteux que l'omission des bans n'était pas toujours une nullité absolue, c'était une présomption de clandestinité.

En vertu de l'article 40 de l'ordonnance de Blois de

---

(266) MERLIN, Répert., V° *Bénédiction nuptiale.*
(267) MERLIN, Répert., V° *Mariage*, sect. IV, § II.

1579, « les sujets français ne pourront valablement contracter mariage sans proclamations précédentes de bans faites par trois divers jours de festes, avec intervalle compétent. »

Se conformant à la lettre du texte, les parlements décidèrent d'abord que le défaut de publication de bans entraînait la nullité du mariage. A la fin du XVI[e] et au commencement du XVII[e] siècle, c'était de jurisprudence constante.

Au cours du XVII[e] siècle, un changement se produisit. On distingua entre les mariage des majeurs et ceux des mineurs. Pour les premiers, on admit que le détaut de publication des bans n'entraînait pas la nullité. Mais, quand il s'agissait du mariage contracté par un mineur sans le consentement des parents, le défaut de publications suffisait pour le rendre clandestin, et par conséquent nul.

273. Cette distinction pouvait se justifier, dans une certaine mesure, par le lien naturel que les canonistes avaient toujours établi entre les mariages clandestins et les mariages contractés par des fils de famille *sine consensu parentum* (268).

Mais quand à l'omission des bans se joignait un mariage contracté à l'étranger, alors il y avait clandestinité avouée et fraude faite à la loi, donc nullité.

C'est ce que dit POTHIER, en termes formels : « En vain diraient-ils que la forme des contrats se règle par les lois du lieu où ils se passent; que leur mariage ne s'étant pas fait en France, mais en pays étranger, ils n'ont pas été obligés d'observer les lois prescrites en France pour la forme de leur mariage. La réponse est que la célébration du mariage en face d'église par le propre curé n'est pas une pure forme d'acte, c'est une

(268) ESMEIN, t. II, pp. 174-175.

obligation que nos lois imposent aux parties qui veulent contracter mariage, à laquelle les parties qui y sont sujettes ne peuvent se soustraire, en allant en fraude se marier dans un pays étranger » (269).

Sur ce point, la jurisprudence demeura constante.

§ 2. — PRINCIPES GÉNÉRAUX DU CODE CIVIL.

274. Il y a lieu d'établir une distinction entre deux ordres de lois, celles qui déterminent les qualités et conditions pour pouvoir contracter mariage et celles qui règlent les solennités de la cérémonie.

a) *Conditions intrinsèques.*

275. 1° Les Français qui se marient à l'étranger sont tenus d'observer les dispositions relatives à l'âge, au consentement des parties, des ascendants ou du conseil de famille; enfin, ils ne peuvent enfreindre les empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance (art. 170) (270).

Ecoutons PORTALIS en ce qui concerne les mariages contractés à l'étranger : « La terre a été donnée en partage aux enfants des hommes. Un citoyen peut se transporter partout, et partout il peut exercer les droits attachés à sa qualité d'homme. Dans le nombre de ces droits, le plus naturel est incontestablement la faculté de contracter mariage. Cette faculté n'est pas locale, elle ne saurait être circonscrite par le territoire; elle est, pour ainsi dire, universelle comme la nature, qui n'est absente nulle part. Nous ne refusons pas aux Français le droit de contracter mariage en pays étranger, ni celui de s'unir à une personne étrangère. Mais tout ce qui touche à la substance même du contrat, aux

(269) POTHIER, *Traité du mariage*, n° 363.

(270) Sur ces diverses conditions, voyez ANDRÉ WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, p. 385.

qualités et aux conditions qui déterminent la capacité des contractants continue d'être gouverné par les lois françaises. »

Toutes ces dispositions étant prescrites à peine de nullité, il s'ensuit que le mariage célebré à l'étranger sera nul dans les cas où il aurait été nul, s'il avait été célébré en France. C'est, en réalité, l'application des principes généraux qui régissent le statut personnel (271).

276. « Un Français ne peut faire fraude aux lois de son pays pour aller contracter mariage en pays étranger, sans consentement de ses père et mère, avant l'âge de vingt-cinq ans » (272). Ces principes allaient trouver une application immédiate.

Le 21 décembre 1803, Jérôme Bonaparte, âgé de 19 ans, épousa à Baltimore, devant un prêtre catholique romain, en observant les formes locales et les prescritions du droit canonique, la demoiselle Patterson, née et domiciliée dans cette ville. Le code civil venait d'être promulgué quelques mois auparavant et exigeait, sous peine de nullité, le consentement des parents ou du tuteur de l'époux mineur.

Napoléon I[er] rendit un décret prononçant la nullité du mariage, à raison de l'inobservation des formalités prescrites par la loi française. Plus tard, Jérôme Bonaparte épouse une princesse de Wurtemberg, union de laquelle naquit le prince Jérôme Napoléon, dont la légitimité n'a jamais été mise en donte en France. Toutefois, le lien religieux subsistait et l'autorité ecclésiastiuue seule avait qualité pour le rompre. Persuadé que ce léger service ne lui serait pas refusé par le pape,

---

(271) Article 3 du code civil; DICEY et STOCQUART, *Le statut personnel anglais*, t. I, pp. 291-296; A. WEISS, *op. cit.*, t. III, p. 409.

(272) PORTALIS, *Second exposé des motifs du titre préliminaire*, n° 13 (LOCRÉ, t. I, p. 304).

après toutes les concessions qui avaient été faites, Napoléon demanda à la cour de Rome la dissolution de ce mariage; il y joignait la copie de l'opinion de canonistes éminents et du pape lui-même, établissant la nullité du mariage. Mais Pie VII opposa une invincible résistance à cette demande. Le 5 juin 1805, il écrivit à Napoléon une lettre pleine de protestations de la plus tendre amitié. « Certes la clandestinité du mariage constitue une cause de nullité, d'après le décret du Concile de Trente. Malheureusement, les recherches les plus minutieuses n'ont pas permis d'établir que ce décret ait jamais été publié à Baltimore. Il s'affligeait donc de ne pouvoir prononcer la dissolution du mariage. S'il commettait un acte pareil, il se rendrait coupable d'un abus abominable devant le tribunal de Dieu. »

Il en résulte donc qu'en droit canon et d'après les lois générales de la chrétienté, le mariage d'un étranger mineur, célébré suivant la forme religieuse prescrite par le Concile de Trente, est parfaitement valable, alors même qu'il serait radicalement nul aux yeux de sa loi nationale.

Voilà donc le prince Jérôme, divorcé en France, bigame aux Etats-Unis, où le mariage était et avait toujours été valable.

277. Il existe une lettre de Portalis, alors ministre des cultes, à l'empereur, sur les mariages en pays étrangers. Cette lettre, datée du 26 janvier 1807, signale un abus qui s'était glissé dans le département du Haut-Rhin, sur le fait des mariages.

Des personnes, désireuses de faire fraude aux lois françaises, allaient contracter mariage sur la rive droite, et compromettaient ainsi leur état d'époux et la légitimité de leurs enfants futurs.

« Sans doute », dit Portalis, « la forme extérieure

des actes doit être régie par les lois du lieu où on les passe ; mais tout ce qui concerne la capacité de la personne doit être régi par les lois du lieu où la personne est domiciliée. Ainsi, toutes les lois françaises sur l'âge auquel on peut contracter mariage, sur la nécessité du consentement des pères et mères, sur les prohibitions entre parents, sur les publications des bans, suivent la personne partout, et l'obligent partout à peine de nullité ; il importe donc que l'on ne puisse faire fraude à ces lois, par des mariages contractés en pays étrangers. »

On ignore si cette pièce a été approuvée par l'empereur, mais, comme le dit Laboulaye, ce n'en est pas moins une pièce d'un prix unique, car c'est le code expliqué par l'homme qui, en France, a eu le plus de part à la législation civile et religieuse du mariage (273).

278. Un arrêt de la cour de cassation du 6 mars 1837 établit les principes. On ne peut interpréter l'article 170 du code par les dispositions relatives au mariage en France ; si ces derniers peuvent être déclarés valables, lorsqu'il n'y a eu ni publications, ni actes respectueux, c'est parce que la loi trouve sa sanction dans les peines qu'elle prononce contre les officiers de l'état civil qui auraient procédé à sa célébration. Mais, pour les mariages contractés à l'étranger, comme les mêmes dispositions pénales ne pourraient atteindre les officiers publics, la loi n'avait d'autre moyen de donner une sanction à ses prescriptions, qu'en frappant le mariage lui-même d'invalidité. S'il en était autrement, il suffirait à des Français de passer à l'étranger pour affranchir leur mariage de toutes les conditions imposées par les lois françaises, et pour, en s'abstenant des publications et des actes respectueux exigés, se soustraire, soit aux

(273) *Consultation pour les héritiers Pescatore*, p. 57.

oppositions des tiers, soit à l'autorité de la puissance paternelle (274).

279. La jurisprudence des tribunaux français n'a jamais varié au sujet de la nullité, résultant de la clandestinité ou du défaut de consentement des parents. En 1881, le tribunal civil de la Seine a résolu la question dans une espèce intéressante. Un mariage avait été contracté à Londres entre Mlle d'Imécourt, âgée de 16 ans environ, et M. Paul Musurus Bey, fils de l'ambassadeur ottoman en Angleterre. Mme veuve d'Imécourt demanda la nullité du mariage de sa fille. Cette demande, fondée sur la clandestineté du mariage contracté à Londres et le défaut de consentement de la mère, a été accueillie par le tribunal.

Une décision identique a été rendue à Paris, le 26 avril 1887 (Clunet, 1887, p. 476). Conformément à cette jurisprudence, le tribunal de la Seine a, par jugement du 16 janvier 1899, déclaré entachée de clandestinité et conséquemment nulle une union contractée à la Nouvelle-Orléans, par des époux majeurs, quant au mariage, sans avoir été précédée d'un acte respectueux, ni des publications légales en France, alors que ces omissions ont été volontaires et calculées pour enlever au père ou à la mère de famille, le moyen de connaître l'union projetée et d'y faire opposition (Clunet, 1900, p. 148).

Le 30 décembre suivant, le même tribunal refusa de prononcer la nullité d'un autre mariage contracté également à la Louisiane, par un Français majeur de trente ans, sans publications, alors qu'il y résidait depuis longtemps et n'avait conservé aucun domicile en France. Les circonstances de la cause ne permettaient pas de juger qu'il y avait eu intention de faire fraude à la loi

---

(274) Fœlix, *Revue étrangère*, t. VIII, p. 445.

nationale et de cacher le mariage à la société française (CLUNET, 1900, p. 352).

Le 9 février 1900, la cour d'appel d'Orléans considéra comme valable un mariage célébré à l'étranger par une Française, sans publications en France, cette omission n'ayant pas été faite à dessein, ni dans des vues de fraude et de clandestinité (p. 592).

280. 2° Les lois qui régissent le mariage étant des lois personnelles, l'étranger reste soumis en France aux lois de son pays, pour autant que celles-ci ne soient pas en opposition avec les bonnes mœurs et le droit public, en d'autres termes, l'intérêt général de l'Etat français (275).

Malgré les doutes élevés sur ce point, la jurisprudence s'est prononcée en ce sens et elle est aujourd'hui unanime (276).

Comme le fait remarquer avec raison M. ANDRÉ WEISS, il n'est pas toujours facile de dégager cet intérêt général, de le distinguer de l'intérêt privé des personnes qui veulent contracter mariage (277).

b) *Conditions extrinsèques.*

281. 1° Le code Napoléon consacre l'adage universellement admis : *Locus regit actum.* Il en résulte donc que le mariage contracté en pays étranger entre Français et étrangers sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays (art. 170). Peu importe qu'il soit un acte religieux en pays étranger ou qu'il se contracte sans forme aucune, comme le mariage irrégulier

(275) C'est le terme dont M. WEISS se sert, *op. cit.*, t. III, p. 417.

(276) LAURENT, *Droit civil international*, t. IV, p. 506 ; DALLOZ, *Code civil annoté*, t. I, pp. 153 et suiv.

(277) Voyez les nombreux exemples cités par A. WEISS, *op. cit.*, t. III, pp. 417 et suivantes.

en Ecosse. Pareille union pourra être prouvée en France par tous les moyens reconnus par la *lex loci* (278). Mais la disposition de l'article 170 ajoute la restriction suivante : « *pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article* 63 ».

Le mariage sera-t-il nul en cas d'omission? Les décisions sont nombreuses, et les auteurs sont en désaccord (279).

La cour de cassation laisse au juge le soin d'apprécier, d'après les circonstances, si l'union doit être annulée (280). Les époux se sont-ils mariés en pays étranger pour frauder la loi française, les tribunaux annuleront probablement le mariage ; ont-ils agi de bonne foi, leur mariage sera valable (281).

Un Français avait contracté mariage à New-York sans avoir fait ni actes respectueux, ni publications en France. A la demande du père de l'un des conjoints, le tribunal déclare nul le dit mariage :

« Attendu que si l'accomplissement de ces deux formalités n'est pas une cause absolue de nullité des mariages contractés à l'étranger par des Français suivant les formes et lois du pays, la nullité doit être prononcée lorsque cette omission a eu lieu en vue de faire fraude

---

(278) Cass., req., 8 juillet 1886 (CLUNET, 1886, p. 585) ; Bordeaux, 21 décembre 1886 (DALLOZ, Pér., 1887, II, 163); tribunal civil, Seine, 3 août 1894 (CLUNET, 1895, p. 374); DUGUIT, *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*, p. 86.

(279) Sur les trois systèmes émis en doctrine et sur la jurisprudence, A. WEISS, *op. cit.*, t. III, pp. 461-470.

(280) E. STOCQUART, *Le mariage en droit international*, *Revue de droit international*, 1887, p. 584, et la note 4. SURVILLE et ARTHUYS, *Cours élémentaire de droit international privé*, p. 303 (4e édit.).

(281) CLUNET, 1885, pp. 183, 440; 1886, p. 335; 1887, pp. 66-187 et les notes ; 1889, p. 641 ; 1891, p. 227 et la note, p. 1211 et la note; 1902, pp. 612, 1050. La loi du 29 novembre 1901 a maintenu le texte de l'article 170.

à la loi française et de soustraire le mariage à la connaissance des parties intéressées ;

» Que W... n'a eu aucune relation avec sa famille pendant son séjour en Amérique; qu'il n'a fait part à son père, ni de son voyage dans ce pays, ni du mariage qu'il se proposait d'y contracter; qu'il résulte de ces circonstances et des éléments de la cause, que les défendeurs en omettant les publications en France et en contractant leur union à l'étranger n'avaient d'autre but que de la rendre clandestine et d'échapper à la nécessité de la signification d'actes respectueux; que dès lors leur mariage contracté sans publications et en fraude de la loi doit être annulé (282)».

282. Cette jurisprudence est sévèrement critiquée par M. ANDRÉ WEISS. Elle n'est pas conséquente avec elle-même; le caractère purement relatif qu'elle attribue à la nullité du mariage non précédé des publications prescrites par l'article 170, trahit ses incertitudes. Si ce mariage doit être annulé comme entaché de clandestinité ou de fraude, toute personne intéressée a le droit de se prévaloir de cette nullité (art. 191 du code civil). Or, les tribunaux, on ne voit pas pourquoi, refusent cette action aux simples collatéraux, ainsi qu'aux personnes étrangères à la famille.

De quel droit d'ailleurs, appliquent-ils à l'action en nullité qu'ils ouvrent aux ascendants pour défaut de publications, la fin de non-recevoir écrite dans l'art. 183 du code civil? Cette fin de non-recevoir est uniquement relative à la nullité qui découle de l'absence du consentement; elle ne concerne en rien le vice de clandestinité. On voit par là ce que le système de la jurisprudence a d'artificiel et d'arbitraire. Le savant professeur « croit fermement être dans la vérité, en affirmant que la règle

(282) Trib. civ., Seine, 6 août 1886 (CLUNET, 1887, p. 187).

établie par l'art. 170, n'a d'autre sanction que l'amende encourue par les parties, et que son inobservation n'affecte pas la validité du mariage (283) ».

Il y a lieu d'ajouter que les tribunaux suivent, en matière d'actes respectueux, les principes que nous venons d'énoncer en matière de publications.

283. L'art. 171 du code civil complète la prescription de l'article précédent par une exigence nouvelle. « Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du royaume, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger, sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile ». Mais les meilleurs auteurs sont d'accord pour dire que cet article n'a pas de sanction. Il se borne à donner un conseil que les parties ont intérêt à suivre, car elles se ménagent ainsi des facilités pour fournir en France, la preuve de leur union à l'étranger (284).

284. 2° Le mariage d'*époux étrangers*, célébré en France, est soumis, par analogie de l'article 170, à la loi française, en ce qui concerne les formes de la célébration. En effet, le gouvernement français ne peut tolérer que des individus sans mandat, exercent sur son territoire, une fonction exclusivement réservée aux officiers de l'état civil. Le premier consul demandait pourquoi le projet du code civil ne s'expliquait pas sur les mariages contractés en France par des étrangers, Réal lui répondit que c'était parce qu'un article déjà adopté par le conseil, décidait que les étrangers résidant en France, étaient soumis aux lois françaises (285).

(283) A. Weiss, *op. cit.*, t. III, pp. 469-470.

(284) A. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 476 ; Surville et Arthuys, *op. cit.*, p. 306 (4e édit.).

(285) Séance du Conseil d'Etat du 4 vendémiaire an X, n° 21 (Locré, t. II, p. 327).

Le principal objet des prescriptions des articles 170 et 171 a été de mettre obstacle aux mariages clandestins. On a voulu qu'aucun mariage ne pût échapper à la publicité. Aussi « nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage » énonce l'article 194 « s'il ne représente un acte de célébration inscrit sus les registres de l'état civil, sauf le cas prévu par l'article 46 ». Ajoutons cependant qu'aux termes de l'article 47, « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le pays. »

Ces actes constatant l'état civil d'un Français, sont francisés, soit par une transcription opérée sur les registres de l'état civil en France, soit par les dépôts effectués au ministère des affaires étrangères, en exécution de l'article 47 précité, modifié par la loi du 8 juin 1893 (286).

§ 3. CÉLÉBRATION A L'AMBASSADE OU AU CONSULAT.

285. En thèse générale, écrit MERLIN, nul mariage n'est valable, s'il n'a été célébré devant un officier préposé à cet effet par le souverain du pays de sa célébration (287). Le principe absolu en France est donc qu'un mariage n'*existe* qu'autant qu'il ait été célébré par un officier de l'état civil français, et il n'est *valable* qu'autant que cet officier soit le fonctionnaire compétent à raison du domicile des futurs conjoints (art. 165). Le mot *domicile* peut être pris ici dans son sens ordinaire ou dans son acceptation spéciale, telle qu'elle résulte de l'article 74 du code civil, c'est-à-dire qu'il s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune.

(286) Trib. civil, Seine, 14 août 1894 et 31 mars 1896 (DALLOZ, Pér., 1899, II, 389).
(287) MERLIN, Rép., V° *Mariage*.

Les pouvoirs de cet officier sont absolus et exclusifs; un ministre étranger ne pourrait les lui disputer qu'en s'appuyant sur la règle internationale de l'exterritorialité (288).

Ce principe ne souffre aucune autre exception; il est si sévèrement sanctionné, qu'il y a interdiction pour le prêtre de donner la bénédiction nuptiale avant la cérémonie civile; que celui-ci ne saurait violer cette défense sans encourir une condamnation pénale, et que l'union ainsi consacrée, pour être légitime dans le for religieux, n'en aurait pas moins dans le for civil les effets d'un simple concubinage (289).

286. Mais la fiction de l'exterritorialité considère l'hôtel des ambassadeurs comme la continuation du territoire de leur nation. La sûreté, la dignité, l'inviolabilité, l'indépendance des agents diplomatiques, et surtout, comme le dit le professeur BLUNTSCHLI (290), le respect de l'indépendance des souverains étrangers, sont les vraies causes de cette fiction. Toutefois, celle-ci ne doit pas être étendue au delà des limites que lui assigne son but.

Pourquoi la loi civile d'un pays ne suivrait-elle pas les indigènes dans l'hôtel d'un ambassadeur, comme sur les autres points du territoire national? Pourquoi y seraient-ils soumis à une loi étrangère?

Aussi est-il admis, tant en jurisprudence qu'en doctrine, qu'un agent diplomatique ou consulaire français ne peut valablement marier à l'étranger que deux de ses

---

(288) CLUNET, 1885, p. 659.

(289) Avis de M. l'avocat général DUPRÉ-LASALLE en cause de Meffray (SIREY, 1870, I, p. 715).

(290) BLUNTSCHLI, § 135. Voyez sur ce point les autorités citées par VINCENT et PÉNAUD, *Dictionnaire du droit international privé*, V° *Agent diplomatique*, n° 16, p. 73.

nationaux. Il cesse d'être compétent, si un seul des futurs époux est français (291).

Dans cette dernière hypothèse, ces agents doivent être considérés comme radicalement incompétents : 1° parce qu'ils n'ont sur le conjoint étranger aucune juridiction personnelle ; 2° parce qu'ils empiètent sur la souveraineté de l'Etat près lequel ils sont accrédités (292).

Depuis le fameux arrêt Sommaripa (293). jusqu'à la loi du 29 novembre 1901, la jurisprudence prononçait invariablement la nullité des mariages contractés devant les agents diplomatiques ou consulaires français, lorsqu'une seule des parties appartient à cette nationalité (294).

Une lettre du ministre de la justice au ministre des affaires étrangères, en date du 16 septembre 1878, a pour objet d'appeler l'attention des consuls français sur cette jurisprudence.

« Si les agents diplomatiques et les consuls, » dit la cour de cassation (295), « ont été autorisés par l'art. 48 à recevoir les actes de l'état civil des Français en pays étranger conformément aux lois, il résulte clairement et de l'essence des choses et du texte de la loi, qu'il ne s'agit ici que des Français, nos lois et nos agents n'ayant de pouvoir à l'étranger que sur les *nationaux*.

287. Donc si les deux parties contractantes sont de nationalité française, la compétence ne peut être mise discussion ; tel est le principe.

---

(291) Cour de Bruxelles, 26 juillet 1853 (PAS., 1854, II, 59).

(292) E. LEHR, *Du mode de célébration en France d'un mariage entre Français et étranger* (CLUNET, 1885, p. 659).

(293) Cass. fr., 10 août 1819 (DALLOZ, V° *Acte de l'état civil*, n° 355.)

(294) Cour de Paris, 6 avril 1869 (SIREY, 1870, 715 ; GAZ. DES TRIB., 5 juin 1869) ; trib., Seine, 2 juillet 1872 et 21 juin 1873 (CLUNET, 1874, t. I, pp. 70-73;) DEMOLOMBE, n° 312; AUBRY et RAU, t. 1, § 66; VALETTE, *Cours de droit civil*, t. I, p. 104.

(295) 10 août 1819.

Laurent (296) estime que cette décision soulève bien des doutes. L'Etat peut-il exercer sur ses nationaux un acte de puissance sur un territoire étranger? La souveraineté ne dépasse pas les bornes du territoire sur lequel elle s'étend, sinon il y aurait dans un seul pays deux puissances souveraines, ce qui est impossible, puisque la souveraineté est exclusive de son essence et indivisible; comme l'a dit Portalis, elle est tout ou elle n'est rien, du moins en ce sens.

De plus, qui a le droit d'instituer des fonctionnaires ayant pouvoir d'instrumenter dans un pays? Le souverain territorial, et ce souverain seul. Or, le code Napoléon, en déclarant que les agents extérieurs ont le droit de recevoir les actes de l'état civil des Français en pays étranger, fait acte d'autorité dans un pays étranger. N'est-ce pas une usurpation de la souveraineté territoriale, surtout quand il s'agit de la célébration d'un mariage?

Il en résulterait une conséquence très grave, aux yeux du savant jurisconsulte, c'est que les agents extérieurs auxquels la loi donne la mission de recevoir les actes de l'état civil et de célébrer des mariages, seraient en réalité sans pouvoir; et des actss passés sans pouvoir n'ont aucune valeur. « Tout ce que l'on peut admettre, c'est que la loi française les autorisant doit les considérer comme valables. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'article 48 (297). »

Telle est la déduction logique d'un système exposé par le savant jurisconsulte dans une autre partie de son ouvrage (298). M. Laurent n'admet pas la fiction d'exterritorialité, telle qu'elle a été expliquée par Grotius

(296) Laurent, *Droit civil international*, t. IV, pp. 468 et suiv.
(297) Laurent, *Droit civil international*, t. IV, p. 473.
(298) Laurent, t. III, pp. 1-39.

et par la plupart des auteurs qui l'ont suivi. D'abord, il y a impossibilité naturelle à ce que l'ambassadeur représente, par une espèce de fiction, la personne même de son souverain, puisqu'il n'est qu'un mandataire conservant sa personnalité, son individualité. De plus, le sujet ne peut se confondre avec le souverain, car « une seule et même personne ne saurait être tout ensemble sujette et souveraine ».

Ensuite pour employer les termes de GROTIUS, « comme l'ambassadeur représente, par une espèce de fiction, la personne même de son souverain, il est aussi regardé, par une fiction semblable, comme étant hors des terres de la puissance auprès de laquelle il exerce ses fonctions; et de là vient qu'il n'est pas tenu d'observer les lois civiles du pays où il est ambassadeur. « En ce sens, il est hors du territoire : de là le mot *exterritorialité.*» Cette seconde fiction, dit l'éminent juriste, est aussi étrange que la première. Si le souverain envoie un ambassadeur auprès d'une puissance étrangère, c'est parce qu'il ne peut faire lui-même ce qu'il charge son envoyé de faire en son nom. Il est donc de l'essence des fonctions de l'ambassadeur que celui-ci soit présent là où il doit remplir son ministère. Or, la fiction veut qu'il ne soit pas présent là où sa présence est nécessaire, et qu'il soit censé se trouver dans l'Etat de son souverain, où sa présence n'a pas raison d'être, puisque le représentant n'a rien à faire là où se trouve le représenté.

L'exterritorialité, conclut M. LAURENT, est bien la plus absurde des fictions qui ait jamais été imaginée (299).

288. MM. HEFFTER (300) et VON BAR (301), estiment

(299) LAURENT, t. III, p. 16.
(300) HEFFTER, *Das Europaïsche Völkerrecht der Gegenvart* § 42.
(301) VON BAR, *Das internationale Privatrecht*, § 115 et note 7.

qu'il y a exagération à représenter l'ambassadeur comme n'ayant pas cessé de séjourner dans sa patrie ; sinon, tout ceux qui se trouveraient à l'hôtel de l'ambassadeur seraient régis par la loi étrangère. Il n'est pas possible d'admettre que cet hôtel soit situé hors du territoire; aussi le délit commis par toute personne qui ne peut invoquer le privilège sera jugé conformément à la loi de la situation. On ne peut établir, écrit M. VON BAR, aucune analogie avec le navire de guerre, lequel ne se trouve que temporairement dans les eaux d'un Etat étranger. « Semblable à une forteresse mobile, il reste constamment séparé du territoire de cet Etat, tandis que l'hôtel s'incorpore au sol étranger, avec lequel il s'identifie (302). »

289. Divers auteurs français ont également repoussé cette fiction (303) ; d'autres l'ont trouvée insuffisante pour expliquer en France les principales immunités diplomatiques, et notamment l'immunité de juridiction (304).

Cependant le principe même de ces immunités est universellement admis ; tous les Etats le reconnaissent ; presque tous les auteurs l'enseignent et la jurisprudence française l'applique comme un principe certain du droit des gens (305).

Il importe de remarquer que la plupart des auteurs qui rejettent la fiction ont spécialement en vue les con-

---

(302) VON BAR, *loco cit.*

(303) BONFILS, *De la compétence des tribunaux français*, n° 396 et suiv. ; MONTARINI-REVEST, *Le droit international*, p. 193 ; GERBAUT, *De la compétence des tribunaux français*, n° 175 ; CROUZET, *De l'inviolabilité et de l'exemption de juridiction civile et criminelle de agents diplomatiques*, p. 68 et suiv.

(304) DEMANGEAT, J. D. I. P., 1875, p. 92 ; VILLEFORT, *Revue critique*, t. XII, p. 129 ; DESCOUTURES, *Sirey*, 1868, 2, p. 202.

(305) Voyez les nombreuses autorités citées par VINCENT et PENAUD, *op. cit.*, n° 9, p. 72 ; voyez WHARTON, *A treatise on the conflict of Laws*, § 16, D. DUDLEY FIELD, *Projet d'un code international*, § 139, p. 54 (traduction de M. ALBÉRIC ROLIN) ; WESTLAKE, *A treatise on private international law*, p. 211-212.

séquences absurdes auxquelle elle peut conduire. Il y a donc un certain fondement à ces critiques.

290. On pourrait, nous semble-t-il, établir en principe que les ministres étrangers ne bénéficieront d'aucun privilège qui n'assure en rien l'indépendance de leur mission. Comme le dit si bien Bynkershoek, dans son traité *Du juge compétent des ambassadeurs*, si l'on donne tant de privilèges aux ministres étrangers, c'est afin qu'ils vivent plus commodément dans le pays, sans y être troublés, *et non afin qu'ils puissent troubler et léser les habitants*, en usant de violence et de rapine. Chaque Etat a le droit d'empêcher et de défendre tout ce qui tend à l'anarchie. La légitime défense est un droit sacré, universel, et personne n'oserait soutenir qu'il soit illicite de se défendre contre un ambassadeur (306).

291. Si le français ne peut, en tout pays étranger, se marier avec une étrangère à l'ambassade ou au consulat de France, il le peut encore moins sur le territoire français devant un agent étranger. Ce serait une dérogation si grave aux principes de cette législation, qu'on n'en trouve nulle part le fondemment. Il faudrait une loi pour l'établir et il est certain que cette loi n'existe pas. Aussi la jurisprudence n'a-t-elle jamais hésité à reconnaître la nullité de semblables unions.

292. Dans une espèce jugée par arrêt de la cour de Douai, le 9 août 1843, il s'agissait d'un mariage célébré à Paris, à l'hôtel de l'ambassade de Suède entre un Français et une Anglaise, par le chapelain protestant de l'ambassade. La cour déclare que si l'on considère cet acte comme passé en France, il est nul pour incompétence de celui qui l'a reçu; si l'on considère l'hôtel de

---

(306) Bynkershoek, *De foro legatorum*, p. 16.

l'ambassade comme hors du territoire français, le mariage est nul comme ayant été contracté par un Français en pays étranger, en fraude de la loi (307).

293. Une décision analogue a été rendue par la cour de Paris, le 6 avril 1869. A été déclaré nul le mariage contracté entre un Français et une étrangère dans l'hôtel d'un agent diplomatique étranger, suivant les formes prescrites par la loi étrangère (308). L'espèce est intéressante, elle mérite d'être rapportée.

Le sieur Meffray, Français, domicilié à Paris, s'était présenté, devant le maire VIII[e] arrondissement, pour faire célébrer son mariage avec la demoiselle Mudge, de nationalité américaine. L'officier de l'état civil refuse de procéder à la célébration de cette union, en se fondant sur les énonciations inscrites au registre d'Hyères, désignant la future épouse comme mariée à un sieur X.... Celle-ci forme devant le tribunal de Toulon une demande en rectification de l'acte dont il s'agit. Cette demande est accueillie par le tribunal ; mais dans l'intervalle, les futurs époux s'étaient présentés à la légation des Etats-Unis à Paris et avaient reçu du chapelain de la légation la bénédiction nuptiale. Ils ont ensuite requis le maire du VIII[e] arrondissement de transcrire sur ses registres l'acte de mariage, et sur son refus, ils ont formé contre lui, devant le tribunal de la Seine, une demande tendant à ce qu'il fût tenu d'opérer cette

---

(307) Pas. fr., 1844, I, 195. Comme le dit M. André Weiss, la règle *locus regit actum* est toujours impérative, lorsque deux personnes de nationalité différente interviennent à l'acte dont il s'agit d'apprécier les formes (*Traité élémentaire de droit international privé*, p. 665). Comparez Wharton (*A treatise on the conflict of laws*, § 180, note 2, *in fine*), qui semble croire qu'il importe peu, aux yeux de la loi française, que les parties soient de nationalité différente, pourvu que l'une d'elles ne soit pas de nationalité française.

(308) Arrêt du 6 avril 1869 (Sirey, 1870, I, 75).

transcription ou de procéder à la célébration de leur union.

Par son jugement du 11 décembre 1868, le premier juge fait droit à cette demande, en se basant sur ce que le mariage, célébré à la légation des Etats-Unis d'Amérique et devant le ministre compétent, est réputé avoir été contracté en pays étranger; que dès lors, aux termes de l'article 171 du code civil, l'acte de célébration doit être transcrit sur le registre public des mariages du lieu du domicile du Français. Appel par le maire du VIII[e] arrondissement. La cour décide :

1° Que la fiction du droit des gens, qui répute continuation du territoire étranger, la demeure des agents diplomatiques, a uniquement pour objet d'assurer l'inviolabilité de la personne de ces agents et les immunités dérivant de ce principe; que cette fiction d'exterritorialité ne peut être étendue à des faits qui auraient pour objet de protéger la fraude à la loi française; que, dans l'espèce, cette fraude est manifeste, puisque les parties ne se sont adressées à la légation des Etats-Unis à Paris que pour éluder les conséquences de la résistance qui leur était opposée par le maire, et obtenir immédiatement, par voie de transcription, la constatation d'un mariage dont la célébration régulière était suspendue;

2° Que le mariage contracté en pays étranger est celui qui a été contracté sur le sol étranger, puisque la transcription doit en être opérée dans les trois mois du retour du Français sur le territoire de l'empire, qu'ainsi le texte même de cette disposition ne permet pas de l'appliquer à un mariage contracté sur le sol français dans l'hôtel d'un agent diplomatique.

294. Telles sont les règles proclamées par les tribunaux français. C'est pourquoi le mariage de la princesse française, Marie d'Orléans, fille du duc de Chartres,

avec le prince Waldemar de Danemark, fils du roi Christian IX, a été célébré, le 20 octobre 1885, non à l'hôtel de la légation danoise de Paris, mais à la mairie du VIII[e] arrondissement, par l'officier de l'état civil français à ce compétent.

§ 4. Loi du 29 novembre 1901.

295. Les règles relatives aux mariages mixtes ont été modifiées par la loi du 29 novembre 1901. Le mariage, contracté en pays étranger, entre un Français et une *étrangère*, est valable, s'il a été célébré par les agents diplomatiques ou par les consuls de France, conformément aux lois françaises, dans les pays qui seront désignés par décrets du Président de la République (309).

Article unique. — *Les articles* 170 *et* 171 *du code civil sont modifiés comme suit :*

Art. 170. — *Le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article* 63, *au titre des actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.*

Il en sera de même du mariage contracté en pays étranger entre un Français et une étrangère, s'il a été célébré par les agents diplomatiques ou par les consuls de France, conformément aux lois françaises.

Toutefois, les agents diplomatiques ou les consuls ne pourront procéder à la célébration du mariage entre un Français et une étrangère que dans les

---

(309) Clunet, 1902, p. 405.

pays qui seront désignés par décrets du Président de la République.

Art. 171. — *Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger, dans les conditions prévues par le* § 1er *de l'article précédent, sera transcrit sur les registres publics des mariages du lieu de son domicile.*

Un décret, signé le 29 décembre 1901, donne l'autorisation nécessaire aux agents diplomatiques, consuls généraux, consuls et vice-consuls de France en Turquie, en Perse, en Egypte, au Maroc, à Mascate, au Siam, en Chine et en Corée.

La même faculté est accordée aux agents consulaires qui ont reçu les pouvoirs d'officiers de l'état civil, dans les conditions prévues par l'article 7 de l'ordonnance du 27 octobre 1833, conçu comme suit :

« Sauf les exceptions qui pourront être autorisées par nous dans l'intérêt du service, les vice-consuls et agents consulaires ne recevront aucun dépôt et ne feront aucun des actes attribués aux consuls en qualité d'officiers de l'état civil et de notaires. Ils pourront toutefois délivrer des certificats de vie, des passeports et des législations, mais ces actes devront être visés par le consul chef de l'arrondissement, sauf les exceptions qui auront été spécialement autorisées par le ministre des affaires étrangères (310). »

296. Une circulaire du ministre des affaires étrangères de janvier-février 1902 appelle l'attention de ses fonctionnaires sur les recommandation suivantes :

1° Une union de ce genre ne doit être célébrée que sur réquisition formelle des intéressés, et après que le

(310) CLUNET, 1902, p. 406.

fonctionnaire français compétent, aura constaté l'impossibilité pour les futurs de se marier selon les formes locales devant l'autorité compétente du pays. Il convient de les prévenir que pareille union ne sera nécessairement valable qu'en France.

2° Il y a lieu d'exiger de l'étrangère la justification de sa capacité, quant au mariage, d'après les lois de son pays, c'est-à-dire la preuve qu'au moment où elle va contracter mariage devant le fonctionnaire français, elle est en situation de se marier également devant les autorités de son pays d'origine (311).

§ 5. ECHELLES DU LEVANT ET EXTRÊME-ORIENT.

297. Il nous reste à examiner une dernière question : la valeur des mariages contractés aux Echelles du Levant et en Extrême-Orient, entre Français ou entre Français et étrangers (312).

Les Français qui résident dans les Echelles du Levant y jouissent, en vertu des anciennes capitulations obtenues de la Porte ottomane (313), de certains privilèges dont le plus précieux consiste à n'être soumis, même en matière criminelle qu'à la justice française, comme s'ils se trouvaient en France. L'exception ne s'applique toutefois qu'aux différends entre Français ou au crimes commis par un Français contre un autre Français ; ils

(311) CLUNET, 1902, p. 1115.

(312) Les principales échelles pour la France, sont : Alep, Seyde, Smyrne, Salonique, Alexandrette, Alexandrie, Le Caire, Naxis et Paros, Miconi, Tripoli de Barbarie, Tripoli de Syrie, Napoli de Roumanie, la Morée, l'île Nègrepont, l'île de Candie, Rex, Scio et les autres îles de l'Archipel, enfin Constantinople. Voyez DALLOZ, J. G., V° *Echelles du Levant et de Barbarie*; FÉRAUD-GIRAUD, *De la juridiction française dans les échelles du Levant et de Barbarie.* Sur l'origine de la juridiction civile dans les échelles du Levant, FÉRAUD-GIRAUD, *Revue hist. de droit français*, t. I, p. 582.

peuvent donc invoquer en leur faveur, la fiction d'exterritorialité.

Les capitulations ont été, dans le principe, des concessions gracieuses, accordées par les sultans, sans discussion préalable, de leur plein gré, et conférant certains droits ou privilèges aux sujets des nations étrangères avec lesquelles la Turquie entretenait des rapports de négoce et d'amitié.

Ce fut surtout au XVI[e] siècle que les relations entre l'Orient et la France prirent de plus amples développements. En 1535, Suleïman II, voulant donner à François I[er] une preuve d'estime, lui accorda spontanément des capitulations nouvelles plus étendues que les précédentes. La liberté individuelle du Français, dans les pays du Levant, est garantie de la manière la plus complète (314).

Ce privilège doit-il aller jusqu'à faire fléchir, quant à la forme du mariage, la maxime *locus regit actum?*

298. Un jugement du tribunal consulaire de Constantinople, confirmé par arrêt de la cour d'Aix, du 17 juin 1869 (315), décide que le régime particulier résultant des capitulations, ne permet pas d'assimiler la situation des Français, dans le Levant, à celle des Français, en pays de chrétienté; il est inadmissible de lui rendre applicable dans toute son étendue et dans toutes ses conséquences le principe d'exterritorialité; qu'en effet, d'une part, la sanction donnée à certains actes par le gouvernement français et par les tribunaux de la métropole, donnent, au besoin, de nombreux démentis à cette doctrine, « que, pour n'en citer que quelques exemples pris parmi les

(313) Ord. du 16 août 1631; édit. 29 juin 1778; ord., 3 mars 1781; loi 28 mai 1836.

(314) Pradier-Fodéré, *La question des capitulations (Revue de droit international*, t. I, 1869, p. 118).

(315) Dalloz Pér., I, 342 (rapporté avec l'arrêt de cassation).

plus éclatants, les mariages, soit entre Français, soit entre Français et étrangers, sont reconnus valables lorsqu'ils ont été célébrés dans la forme usitée chez les chrétiens du Levant, c'est-à-dire par le curé de la paroisse, et ce, par application de l'article 170 du code Napoléon, qui ne régit les Français qu'à l'étranger ; qu'il est même *interdit* aux consuls de célébrer le mariage d'un Français et d'une étrangère.

Sur le pourvoi intervint un arrêt de rejet ; la cour de cassation déclare :

1° Que si, dans les Echelles du Levant, le Français se trouve plus spécialement placé sous la protection des lois et de la souveraineté françaises, « ce serait dénaturer le caractère de cette protection et en exagérer les conséquences que d'en induire qu'elle s'impose à lui, dans *toutes* les situations, et ne laisse place, en aucun cas, à l'application du droit ; que la fiction d'exterritorialité que suppose le pourvoi n'est érigée nulle part en règle absolue ; qu'on ne peut l'admettre que dans la limite des concessions de la Porte, dont on l'induit, et que créée seulement pour certains cas spécialement prévus et parfaitement définis, elle laisse intacts, pour tous les autres, les principes du droit public, en matière de souveraineté » ;

2° Que même, si en Turquie, le Français restait exclusivement soumis aux lois de son pays et à l'autorité des fonctionnaires chargés de les appliquer, « ce principe ne saurait s'étendre aux étrangers contractant avec un Français; que l'on ne comprendrait pas la souveraineté française exerçant, en dehors de son territoire, son action sur d'autres que sur des Français, et prétendant leur imposer ses lois et ses fonctionnaires, par cela seul qu'ils traitent avec des Français » (316).

(316) Cass. franç., rejet, 18 avril 1865 (Dalloz Pér., 1865, I, 342). Comparez André Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 568.

Les Français résidant dans le Levant ont donc le choix ; ils peuvent faire célébrer leur mariage, soit devant leurs agents diplomatiques, soit dans la forme usitée chez les chrétiens, devant le curé de leur paroisse.

299. Remarquons toutefois que, jusqu'en novembre 1901, cette dernière forme était seule valable, en cas de mariage mixte, c'est-à-dire contracté avec une étrangère.

En résumé, la légalité du mariage, célébré par le ministre d'un culte, dépend de sa valeur, aux yeux des autorités dont relèvent les époux.

Ainsi le gouvernement turc admet la validité des mariages célébrés par les curés étrangers, par la seule raison, que les autorités consulaires dont relèvent les époux, les reconnaissent comme tels. D'après M. SALEM, il reconnaîtrait même les unions célébrées par les consuls entre nationaux et étrangers. Sur ce point, le savant avocat fait remarquer que la cour de cassation, en annulant le mariage d'un Français et d'une étrangère, célébré par le consul de France, n'avait pas à affirmer que ce mariage était dénué de valeur, au regard de la loi ottomane. (Arrêt du 19 août 1819.)

A la suite de cet arrêt, une circulaire du ministre des affaires étrangères, du 4 novembre 1833, et plus tard une lettre du ministre de la justice au ministre des affaires étrangères, en date du 10 septembre 1878, sont venues confirmer l'opinion que les consuls français doivent s'abstenir de célébrer les mariages entre Français et étrangers (317).

---

(317) SALEM, *Du mariage des étrangers en Turquie* (CLUNET, 1889, p. 35). Sur les mariages célébrés en pays musulmans entre sujets européens de nationalités différentes devant le consul du pays de l'un d'eux, voyez un article fort intéressant de M. SALEM (CLUNET, 1890, pp. 446-453).

300. Le tribunal consulaire de France à Constantinople a décidé, le 12 décembre 1890, que les formes du mariage contracté à l'étranger, sont régis par la règle *locus regit actum*, et admet implicitement que cette règle s'applique aux Français dans les Echelles du Levant. Ainsi on doit reconnaître comme valable, le mariage célébré entre un Français et une étrangère, suivant les rites de l'Eglise orthodoxe grecque, lorsque l'un des futurs époux appartient à cette religion, et que ce mode de procéder est conforme à la législation en vigueur à Smyrne.

La première condition requise par l'art. 170 du code civil, dit le jugement, doit être entendue, en ce sens qu'il y a union légitime, au regard de la loi française, toutes les fois que pareille union est reconnue telle dans le pays où elle a été célébré (318).

Le 16 janvier 1895, la cour d'appel d'Aix a rendu un arrêt en audience solennelle, déclarant valable en France le mariage d'un Français contracté en Turquie avec une sujette ottomane, grecque catholique, suivant les formes et avec les conditions usitées dans le pays. Le mari était né en Syrie de parents français, qui avaient depuis de longues années quitté leur pays d'origine pour s'établir en Orient; il était âgé de vingt-neuf ans, et n'avait d'autres ascendants que sa mère, au moment de la célébration. Il n'avait pas fait précéder son mariage des publications prescrites par l'article 63 du code civil. Il avait omis également de requérir le consentement de sa mère et de lui faire des actes respectueux.

La cour déclare qu'on ne saurait comprendre que le défaut d'actes respectueux, qui est une cause de nullité « lorsque le mariage a été célébré en France, en devienne

---

(318) Clunet, 1890. pp. 914-918 et la note.

un, lorsqu'il est célébré en pays étranger (319) ». Ces termes nous semblent absolus, et sur ce point, la cour d'Aix se sépare de la jurisprudence généralement suivie qui établit certaines distinctions indiquées plus haut.

301. Nous venons de voir que la loi du 29 novembre 1901 autorise les agents diplomatiques et les consuls à procéder à la célébration de pareils mariages dans les pays qui seront désignés par les décrets du président de la République et qu'un décret du 29 décembre suivant mentionne la Turquie.

Une difficulté pourrait se présenter en ce qui concerne les *protégés* français. Ce terme désigne d'ordinaire toutes les personnes placées sous la protection d'un des Etats qui ont signé des capitulations. Ce sont :

a) Les sujets ottomans employés au service des consuls ou des légations ;

b) Les étrangers appartenant à une nation, qui n'a pas signé des capitulations avec la Porte et n'entretient auprès d'elle aucun représentant ;

c) Les membres des anciennes familles arméniennes, grecques, israélites, etc., établies *ab antiquo* en Orient et qui ont obtenu le protectorat d'un des Etats européens représentés à Constantinople (320).

Ces protégés, quoique soumis à une juridiction exceptionnelle, ne pourraient cependant valablement s'unir devant un agent diplomatique français, car, n'ayant pas perdu leur nationalité d'origine, ils restent étrangers.

En conséquence, le mariage contracté à Constantinople, entre une Française et un *protégé* français, est valable, s'il a été, conformément à la loi et à l'usage du pays, publiquement célébré par leur propre curé, dans leur paroisse et selon les lois de l'Eglise (321).

(319) Clunet, 1895, p. 616.
(320) P. Fiore (Clunet, 1886, p. 308, note 1.
(321) Cour d'Aix, 20 mars 1862 (Dalloz, Pér., 1864, II, 48).

XIX. — Résumé et déductions.

302. Ces dernières années, surtout en France, le mariage a été l'objet de vives attaques, et comme union indissoluble, et comme institution réglementée par l'Etat. Des publicistes, comme M. Naquet, ont prêché le règne de la liberté absolue. Les frères Margueritte se sont attachés à faire valoir la dissolution du lien conjugal, au gré de l'un ou de l'autre des époux.

Il n'est donc pas sans intérêt de faire la généalogie juridique du mariage, de rechercher d'où il vient, comment l'institution a grandi, s'est successivement développée et enfin est parvenue à la formule dont elle se revêt aujourd'hui. On reconnaîtra ainsi les bienfaits du mariage, tel qu'il est organisé de nos jours, sous le contrôle de l'Etat.

La plupart des législations modernes admettent, qu'à l'Etat seul appartient l'organisation et la réglementation de l'union conjugale; lui seul a qualité pour imposer à tous, sans distinction de confession religieuse, une règle uniforme, parfois brutale, mais salutaire; seul il dispose des moyens nécessaires pour diriger cet organisme social. Le Pouvoir a attribué une importance considérable au mariage; il le considère et l'a toujours considéré comme la base même de la famille et la conservation de l'Etat.

Aussi a-t-il fini par l'organiser solidement. L'importance attachée à cette institution, aux différentes époques de l'histoire, se mesure aux cérémonies dont l'union conjugale a été entourée.

303. On a vu, au cours de cette étude, les maux produits par les mariages clandestins, ainsi que les difficultés sans nombre que rencontraient, au XVIIIe siècle,

les protestants désireux de contracter une union légitime, en dehors des cérémonies catholiques. On aura constaté également que ce n'est pas la première fois que l'institution matrimoniale a été l'objet de violentes attaques, et qu'il y a plus d'un siècle, sous la Révolution, elle traversait une crise analogue à celle qu'elle traverse actuellement en France.

Divers éléments influent sur l'évolution des lois matrimoniales : au moyen-âge, c'est la situation politique, les rapports de l'Eglise et de l'Etat ; au XVIIIe siècle, ce sont les écrits des philosophes ; de son jours c'est la condition sociale de la femme.

Au moyen-âge, la femme, jeune fille ou veuve, est sous le *mundium* de son père ou d'un parent dont le consentement est requis ; si, à l'insu de ce dernier, elle contracte une liaison ou une union quelconque, elle se couvre de blâme, parce qu'elle a violé des lois sur le *mundium*. De nos jours, elle dispose de sa personne, comme elle l'entend.

304. A partir du XIIe siècle, l'Eglise décide que le consentement des époux suffit à la formation du mariage, l'autorisation des parents n'étant plus exigée à peine de nullité. Les regles du *mundium* s'effacent devant le principe incertain de la protection féodale. Graduellement l'autorité paternelle s'affaiblit et le droit du père sur le mariage de ses enfants disparaît ; insensiblement on ne demande plus de consentement paternel.

En général, les mariages étaient célébrés publiquement à l'Eglise, mais, en fait, les mariages clandestins abondent, troublent la paix des familles et le bon ordre de la société. Le pouvoir royal, sur la plainte réitérée des Etats généraux, s'émeut ; il s'efforce de prendre des mesures. C'est l'édit de Henri II, de 1556, le premier acte législatif de cette longue série d'efforts destinés à la sécularisation

complète du lien conjugal. Toutefois, il n'ose appliquer le vrai remède, c'est-à-dire séparer par une barrière infranchissable le contrat qui est de son domaine des cérémonies religieuses qui relèvent de la conscience. D'un autre côté, le droit canonique tend à se formuler d'une manière précise, sous l'influence toute puissante de Saint Thomas d'Aquin. A Rome, l'esclave, d'une manière absolue, l'étranger, à moins d'une faveur spéciale, ne pouvaient contracter un mariage proprement dit. L'Eglise fit cesser cet exclusivisme, en appelant, à l'exercice des mêmes droits, ceux qu'elle regardait tous comme les fils d'un même père.

305. Les idées romaines sur la nature juridique du lien conjugal font place à la notion du mariage-sacrement. Mais un événement considérable vient à se produire; la Réforme religieuse prépare une action considérable dans tous les domaines de l'esprit humain et le droit n'échappe pas à son influence.

Luther et Calvin enseignent que le mariage n'est pas un sacrement et exigent pour sa validité, le consentement paternel. Beaucoup de jurisconsultes français s'associent à cette doctrine, notamment Charles Dumoulin et Etienne Pasquier. C'est alors que le Concile de Trente, dans le but de donner une réponse officielle à la Réforme, promulgue le code du mariage catholique. Les sacrements sont irrévocablement fixés à sept, parmi lesquels le mariage qui, comme tel, devient le signe visible d'une grâce invisible, institué, d'après le catéchisme du Concile de Trente, pour notre sanctification. La matière de ce sacrement, c'est le consentement des époux; sa forme, ce sont les paroles qui l'expriment; son effet, c'est de conférer aux époux la grâce nécessaire pour leur permettre d'accomplir, comme il convient, la fin du mariage. Dès lors le mariage n'est plus un contrat, c'est uniquement un sacrement institué par la

volonté divine, auquel le contrat s'applique et dont aucune force humaine ne peut empêcher l'effet. Comment dès lors le consentement paternel pourrait-il constituer une condition de validité de l'union conjugale?

306. Le Concile, en exigeant la participation du prêtre à la célébration du mariage, l'introduisait dans l'acte de la vie civile qui forme la base de la famille et de la société.

Alors se dressa pour la première fois ce problème redoutable, qui n'a cessé, depuis cette époque, de diviser le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel : le mariage n'est-il qu'un sacrement, hors duquel il n'existe qu'un pur concubinage, ou est-ce un contrat essentiellement civil, réglé par conséquent, quant aux formes et conditions, par la législation de chaque pays?

Quelques princes de l'époque comprirent le danger, et les décrets furent repoussés comme attentatoires à la liberté et à l'indépendance du souverain.

307. Toutefois les unions clandestines restent fréquentes, car, en droit, elles étaient valables. Les nombreux abus donnent lieu à de nouvelles plaintes : le concubinage, la bigamie, le mépris de l'autorité paternelle, les unions hâtives et mal assorties, l'incertitude sur les relations qui s'étaient pourtant établies à l'origine avec l'intention de contracter mariage.

Le décret de Trente n'ayant pas été reçu en France, le pouvoir royal se voit obligé de réglementer lui-même le mariage et de former obstacle aux scandales résultant des nombreuses unions clandestines. C'est l'ordonnance de Blois, promulguée en 1579; le mariage devient, comme en droit canon, un contrat solennel. Le prince assimile au rapt le défaut d'autorisation des parents, édictant une peine qui n'est autre que la mort, ce qui est en désaccord avec les décisions du Concile. Le trône

et l'autel sont encore trop intimement liés pour permettre au pouvoir séculier de frapper de nullité les unions contractées, au mépris de l'autorité paternelle.

308. Les légistes cependant, parviennent à concilier le droit canon avec la nécessité du consentement des parents, au moyen de la théorie du rapt de séduction, laquelle arrive à son complet développement vers la première moitié du XVIII[e] siècle. Grâce à l'influence prépondérante de l'autorité séculière et notamment des parlements, la lutte est ainsi engagée sur le terrain matrimonial, entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel. Les légistes songeaient à constituer le pouvoir royal sur le modèle de l'empire romain, l'autorité unique : ils reprennent la conception grandiose de Charlemagne.

L'issue de la lutte ne devait pas être douteuse, car, quand une même institution est soumise à deux autorités, celle-ci l'emportera qui pourra imposer ses lois aux juges. La jurisprudence vient au secours de l'autorité séculière ; elle frappe de nullité les mariages clandestins. La compétence des juges royaux s'étend, elle absorbe la juridiction ecclésiastique. L'Etat s'est fortifié, il a pris connaissance de ses devoirs et de ses droits, il a compris que le mariage solidement organisé était la base du bon ordre et de la prospérité de la société dont il avait la garde.

Le pouvoir royal poursuit ses empiètements sur les droits que s'était arrogés le clergé en cette matière; sa préoccupation incessante, c'est de prévenir et de combattre les abus des mariages clandestins.

309. Néanmoins l'Eglise réussit à maintenir constamment ses anciennes prérogatives sur la formation du lien conjugal. Mais les idées de liberté de conscience, ayant comme précurseur la tolérance civile, poursuivent leur marche. La force des choses oblige l'Etat à

admettre dans son sein des sectes religieuses dissidentes, sans leur donner toutefois un caractère officiel. De là, l'Edit de 1787. Le roi ne pouvant anéantir l'hérésie, dut traiter avec elle, et il fut obligé de ne plus soumettre les mariages des protestants aux lois de l'Eglise catholique. S'il avait eu alors une perception plus exacte de ses droits, il aurait pris en mains la législation du mariage. Ce fut sur cette question que la lutte fut soutenue avec le plus d'énergie ; elle intéressa les plus intègres parmi les magistrats du temps : Turgot, Malesherbes, Robert Saint Vincent et le parlement lui-même.

310. Quant à la formule du mariage civil, elle se trouve par avance dans les écrits des anciens auteurs, les avis et conclusions des avocats généraux et dans les arrêts. Leur doctrine peut se résumer en quelques mots : c'est un contrat relevant du pouvoir séculier. Dès lors l'Etat a compétence pour réglementer le mariage. L'Eglise a certes le droit et le devoir d'y ajouter des cérémonies, de lui donner sa bénédiction, d'en faire un sacrement ; mais le contrat n'est pas de son domaine. De cette théorie à l'institution d'un contrat distinct, au mariage civil, il n'y avait qu'un pas et ce pas allait être franchi lors de la Révolution.

311. L'ancien droit avait organisé l'union de l'Eglise et l'Etat en cette matière, les lois de la Révolution et le code devaient en réaliser la séparation.

A la séance du 27 août 1791, l'assemblée constituante décida que la loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le 30 août 1792, le député Aubert Dubayet, au bout d'un discours de trois minutes, fit déclarer par l'assemblée législative que le mariage est un contrat dissoluble. Les révolutionnaires se placent au point de vue social et décrètent que cette institution est nécessaire au bonheur des époux et de la société. On

devait surtout éviter ainsi l'asservissement de la femme. Le procès en divorce, tel que nous le connaissons aujourd'hui, n'existait pas; toute la procédure se déroule en dehors de l'autorité judiciaire. L'autorité publique n'intervint donc que pour l'enregistrement pur et simple de la volonté des parties en cause. De l'idée de contrat, les révolutionnaires tirent une autre conséquence ; ils autorisent le mariage des prêtres. Le divorce pour incompatibilité d'humeur permet de rompre le mariage dans les cas les plus variés, c'est ce qui laissait les époux en proie à tous les entraînements de la passion et prêtait également aux combinaisons les plus variées.

A cette époque grave de l'histoire de France, on a expérimenté des solutions législatives comparables à celles dont l'opportunité est si vivement discutée aujourd'hui. On s'imaginait qu'il suffisait d'un législateur de bonne volonté pour modifier complètement l'organisme d'une société. Ces innovations audacieuses n'ont abouti qu'au désordre, sinon au ridicule. Il a bien fallu en revenir au mariage régulier avec son caractère d'indissolubilité, base de tout l'édifice familial, le divorce ne devant être admis que pour des causes graves et exceptionnelles.

312. En 1801, Napoléon Bonaparte signe avec la cour de Rome l'acte le plus important que celle-ci ait conclu avec la France. Le Concordat rétablit l'exercice public du culte et règle les rapports du clergé et de l'autorité laïque. Alors se présenta naturellement la réglementation du mariage, une de ces questions mixtes où la puissance ecclésiastique et l'autorité séculière ont chacune un intérêt particulier. La loi du 18 germinal an X réserve l'indépendance du pouvoir civil et conserve l'ancienne distinction du contrat et du sacrement. Mais les curés ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux

qui justifieront en bonne et due forme avoir contracté mariage devant l'officier de l'état civil.

313. En 1804 est promulgué le code civil, où le caractère laïque des lois est une des innovations. Mais le mariage reste une union solennelle, viagère, forte de toute la puissance de la loi civile ; l'État préside à la cérémonie. Ce changement élimine l'autorité ecclésiastique du domaine de l'état civil, mais rien ne s'oppose à ce que les croyants s'agenouillent devant le prêtre et sollicitent la bénédiction nuptiale.

La Révolution, ayant pris pour but l'émancipation individuelle, avait rendu le divorce aussi facile que possible ; de là une conception nouvelle du mariage et de la famille.

Les principaux rédacteurs du code civil se défendent au contraire de vouloir réformer les mœurs et de porter atteinte à la conception ancienne de l'union conjugale. Cette institution leur apparaît, dans les mœurs traditionnelles, comme un lien théoriquement indissoluble, ce qui, en fait, était souvent méconnu, par suite de la mésintelligence des époux ou de leur inconduite. Si les époux s'unissaient dans un sentiment de perpétuité, il arrivait que pareille intention était souvent réniée. Dès lors s'imposait la distinction entre « l'intention de la perpétuité et la perpétuité réelle » ; il fallait dégager sa formule pratique dans les mœurs vécues La loi doit permettre le divorce, parce que certains cultes l'autorisent. Aux yeux de Portalis, la liberté des cultes est le véritable motif qui oblige les lois civiles à admettre la dissolution du lien conjugal. C'est le même motif qui le décide à établir la séparation de corps, à côté du divorce. Désirant justifier la rupture du mariage par consentement mutuel, sans nier la perpétuité du lien, Napoléon déclare qu'il en résultera la preuve « que la

vie commune est insupportable et qu'il existe une cause péremptoire de divorce ».

Cette sécularisation du mariage constituerait un événement grave dans l'histoire moderne de la famille, il annonce les variations possibles de la loi civile ; c'est ce qu'affirme du moins M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, dans un récent article, *La famille et le code civil* (*Le code civil, livre du centenaire*, t. I, p. 278).

Le législateur s'inspire d'un principe bienfaisant de la Révolution et proclame la liberté d'émigration et la faculté de contracter librement mariage en pays étranger. Désormais « un citoyen peut se transporter partout et partout il peut exercer les droits attachés à sa qualité d'homme. Mais il ne peut faire fraude aux lois de son pays pour aller contracter mariage en pays étranger. Car tout ce qui touche à la substance même du contrat, aux qualités et conditions qui déterminent la capacité des contractants continue d'être gouverné par les lois françaises. »

314. Les formalités préliminaires du mariage tendent à se simplifier. Sous l'empire du code civil de 1804, l'homme de 25 à 30 ans, la femme de 21 à 25 ans devaient faire trois actes respectueux, chacun à un mois d'intervalle. Aujourd'hui, depuis la loi du 20 juin 1896, il n'en est plus jamais exigé qu'un seul. Un mois après, il peut être passé outre à la célébration du mariage. Il y a également une tendance fort marquée à reconnaître plus de droits et d'indépendance au profit de la femme mariée.

315. Dans ces dernières années le législateur a donné un accueil facile à la conversion d'une séparation en divorce.

La question si épineuse de la dissolution de l'union conjugale a été placée sur son vrai terrain et cantonnée dans sa région propre. Le divorce n'est pas une affaire

de conscience religieuse, c'est une question d'ordre public. L'État a le droit d'imposer l'indissolubilité du lien conjugal, sans qu'on puisse lui reprocher de porter atteinte, ni à la liberté des cultes, ni à la liberté des citoyens; à titre d'exception, il a également le droit d'établir le divorce, pour des causes spécialement indiquées. Mais certes il n'abandonnera pas la réglementation du mariage au bon plaisir, à la fantaisie des individus. Il n'abdiquera pas ce droit qu'il n'est parvenu à acquérir, comme cette étude l'établit, qu'au prix d'efforts constants et de luttes séculaires. Il continuera à édicter des règles inspirées par l'égalité qui, d'après les notions modernes, doit régner entre les deux époux.

316. Dans notre état de civilisation, l'amour est devenu un fait beaucoup plus mental qu'organique. Certes la satisfaction du désir génésique doit avoir été le germe de toute l'évolution sexuelle. Mais il s'est successivement compliqué de sentiments esthétiques et moraux ; il n'est plus aujourd'hui que le moindre élément du *processus* primitif. Or, le mariage règle toute cette vie passionnelle et le mariage monogamique plus étroitement que tout autre. Nous en sommes revenus ainsi à la définition juridique romaine : une communauté de la vie entière, morale et physique. L'amour veut essentiellement un rapport d'égalité. Le mariage doit être un régime contractuel où la dignité, les droits et les devoirs des individus des deux sexes sont respectés. Aussi la tendance moderne est de traiter la femme sur un pied d'égalité parfaite.

Il est certain que l'amour de la famille, presque inconnu de l'antiquité et absorbé au moyen âge par les idées d'autorité et de subordination, ne s'est révélé sous son jour véritable que dans ces derniers temps. Est-ce ARISTOTE qui disait que l'autorité du mari sur sa femme était républicaine, celle du père sur ses enfants et du

maître sur ses esclaves, royale? Les théories égalitaires des philosophes du XVIII[e] siècle ont eu leur répercussion sur l'autorité du père de famille: celui-ci, surtout en France, a cessé de se considérer comme une sorte de souverain irresponsable. Il tend à traiter sa femme en égale et à n'exercer sur les enfants que le minimum d'autorité possible. Comme le dit M. BOUTMY, la famille française a été organisée, depuis 1789, sur le modèle d'une monarchie constitutionnelle qui dérive plus ou moins vers la République.

317. Lorsque la femme aura reçu une instruction à peu près équivalente à celle de l'homme, l'égalité morale entre elle et ce dernier sera consacrée. S'il faut en croire GUYAU, « comme l'amour est toujours plus partagé, plus complet et plus durable entre des êtres qui se considèrent comme moralement égaux, il s'ensuivra que l'amour au sein de la famille ira se développant de plus en plus, attirant à soi la plus grande partie des désirs et des aspirations de l'individu. L'association de l'homme et de la femme pouvant devenir ainsi une sorte d'association intellectuelle et de collaboration aura pour résultat une fécondité d'un nouveau genre; l'amour n'agira plus alors seulement sur l'intelligence comme le plus puissant des excitants; il y ajoutera aussi des éléments inconnus jusqu'alors. Cet agrandissement intellectuel de la femme apportera aux époux une plus étroite union, une plus complète pénétration mutuelle. » C'est la belle description d'un idéal que la société française n'est pas encore parvenue à atteindre.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

FRANCE



